

<36629917130015



<36629917130015

Bayer. Staatsbibliothek

July 31, 1903

DISSERTATIONVM
ATQVE
PROGRAMMATVM
CRELLIANORVM
FASCICVLVS IV.



HALAE AD SALAM
TYPIS ET SVMTV I. C. HENDEL.
1776.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Index diff. huius fasc.

- XX. *Ius obsidum inuitorum & citra conuentionem cum aduersa parte captorum atque retentorum, ex LL. Rom. Gent. & S. R. I. publ. disputab. auct. Hier. Fried. de STAMMER, Eques Lusat. Vitemb. d. Decemb. 1734.* pag. 539
- XXI. *Præsumptionem æqualitatis in iudiciis diuiforiis & actione negatoria, ad L. 7. D. de fin. regund. defend. Andr. HARTMANN, Pratovalensis; ibid. d. Maii 1735.* pag. 562
- XXII. *An conditio quæ propter casum impleri nequit pro impleta habeatur? ad conciliandas leges aduersas XXXI. D. de condit. & demonstr. & Liu. §. 1. D. de leg. 1. disputab. Io. Dan. PVSCH, Torgauiensis; ibid. d. Sept. 1735.* pag. 585
- XXIII. *Obseruatt. miscellae de monumento secundum voluntatem testatoris faciendo, ad L. 14. §. 6. D. de relig. defend. Io. Chph. BRENDDEL, Hartmannsdorf. ibid. d. Oct. 1735.* pag. 595
- XXIV. *Obseruatt. de redditibus annuis leuiori moneta solutis, defend. Chr. Andr. VLLMANN, Pratovalensis. Ibid. d. 31. Dec. 1736.* pag. 612
- XXV. *Priuilegium pecuniæ ad certum usum creditæ ex animo dantis æstimandum, ad L. 7. D. de exercit. actione; defend. Io. Christlieb EBERT, Dresdensis. Ibid. d. 15. Dec. 1736.* pag. 623
- XXVI. *Obseruatt. quasdam forens. de senatoribus & quatenus ex eorum factis ciuitas teneatur? proposuit ac defendit auctor Io. Chph. LENDRICH, in Cancell. Reg. & El. itemque Martisb. Sax. Adv. immatric. & ciuit. delit. Syndicus. Ibid. ipsis Kal. Febr. 1737.* pag. 641
- XXVII. *De iure militis auxiliarii apud gentes liberas & in S. R. Imper. defendit Io. Christ. STRENG, Delit. Misn. Ibid. d. Febr. 1737.* pag. 660
- XXVIII. *Quando curator absentis heredes æque propinquos a successionem excludat; disputauit Dav. Gottwalt TISCHER. Coldit. Misn. Ibid. d. 6. April. 1737.* pag. 690
- XXIX. *Obseruatt. de animo nouandi factis expresso. Ad L. 8. C. de nouat. defendit Fried. Gottl. TISCHER, Coldit. Misn. Ibid. d. 24 Apr. 1737.* pag. 707

XX.

D I S S E R T A T I O

DE IVRE OBSIDVM INVITORVM

ET

CITRA CONVENTIONEM CVM ADVERSA PARTE
CAPTORVM ATQVE RETENTORVM.

EX LEGIBVS ROMAN. GENTIVM ET S. R. I. PVBL.

VITEMBERGAE, AD D. DECEMBR. A. Q. S. P. E. MDCCXXXIV.

CLAVDIAN. *de cons. honor. 6. v. 248.*

Nulla est victoria maior

Quam quæ confessos animo quoque subiugat hostes.

§. I.

Non sine Dei immortalis providentia & nutu accidit, ut in motu horum temporum, & magna rerum omnium conversione, cum *potentissimi Poloniarum regis* AVGVSTI III. patris patriæ incomparabilis, *domini* mei longe clementissimi, exercitu, *invictissimæ Russorum imperatricis* arma, et consilia, coniungerentur. Enim vero *virtus* et *fortuna*, quarum ministerio supremum Numen res secundas et aduersas inprimis administrat, et quæ in utroque *summorum foederatorum* tam conspicuæ, atque inter se connexæ sunt, quantum *illi* inter sese coniunguntur, quid efficere possint, experiri, et, in tanta expectatione omnium gentium, documento quodam comprobare velle, videbantur. Neque enim res caruit euentu: quandoquidem tot partæ victoriae, tot difficultates superatæ: ordines ad concordiam adducti, pax fere restituta, res tam multæ, tam feliciter, tantique exempli, gestæ, docent humanum genus, quibus virtutibus non solum quaeratur victoria, sed, qua moderatione etiam victoriae obsequio, alias, docente VALERIO, ^{a)} promptissime licentiam suppeditantis, resisti possit, quibus consiliis ius gentium, sancta et inuiolabilia omnia, seruari debeant, et felicissime defendi.

Inprimis versatur ante oculos, qua magnitudine animi *cohortes subsidia-riæ Gallorum*, testes tantarum tamque incomparabilium virtutum, superiori æstate, prope Vistulamundam, nobile ad ostium Vistulae munimentum, perpulsæ sunt ad deditionem, ^{b)} et, conscripta vtrinque formula, in fidem,

^{a)} VALER. MAX. VI. §. I.
Fasc. IV.

^{b)} Allernuester Kriegs-Staat P. IX. p. 775.

fidem, cui se permiserant, acceptae: qua facilitate Coroniam, in nobilem portum maris Baltici, quod praefectus ipsorum pactus erat, ^{c)} auectae: quo iure, ob iniuriam a classe Gallorum interea acceptam: et ob naues Russorum contra ius gentium surreptas, tanquam *obsides* retentae, sed liberalissime habitae, multisque beneficiis ornatae sunt, donec, nauibus redditis, eo, quorsum prouehi voluerant, perducerentur. Sed cum ipsis Gallis veritas extorqueat, ut tantas laudes, quarum praesentes illos documenta capere fortuna voluit, reticere non possint, ipsique non solum bello, sed, quae teste L I V I O ^{d)} vera victoria est, iure gentium se superatos esse, libere profiteantur; operae pretium videtur, ipsa Augustissimae Imperatricis, rei gestae rationes exponentis, verba, fide tabularum Lugdunensium ^{e)} per multas Europae partes vulgarum, recitare.

„Les dernieres lettres de Petersbourg portent, que c'est a Cronstadt, „qu'on a conduit les troupes de France, qui ont campé sous le canon du „Fort de Weichzelmunde, qu'elles sont au nombre d'environ 2000 hom- „mes, et y sont bien traitées par ordre de l'Imperatrice, et que Mr. de „la Mothe, qui les commande, a depeché un Officier a la Cour de Fran- „ce avec la declaration suivante, qui lui avoit été remise de la part de Sa „Maj. Imperiale.

„Les troupes françoises envoyées par la France au secours de la ville de „Dantzic, ayant été reduites par les Armes de Sa Majesté Imperiale de tou- „tes les Russies, a la necessité, de se rendre par accord, en vertu duquel „elles seroient transportées dans un des ports de la Mer Baltique, ou elles „pourroient aisément être embarquées sur des Vaisseaux Marchands, Sa Ma- „jesté Imperiale declare, que son intention n'a pas été, et n'est pas encore, „d'enfreindre en aucune maniere la Capitulation accordée aux susdites „troupes; Mais l'Escadre françoise envoyée dans la Mer Baltique ayant „cependant.

„I. attaqué, sans qu'il y ait eu aucune declaration de Guerre entre la „Russie et la France, et pris en pleine mer un Paquet-Bor, et deux Galio- „tes, et en dernier lieu une Fregate Rusienne, fait prisonnier, et amené „avec soi tout l'Equipage desdits Vaisseaux, et saisi les Effets et Marchan- „dises, qui s'y trouvoient, et envoyé la Fregate même en France.

„II. Quoyque cette Fregate et Vaisseaux mentionnez, n'eussent com- „mis de leur part aucunes Hostilitez contre les Vaisseaux François, la Fre- „gate Rusienne, n'ayant eu aucun ordre d'en commettre, et les autres Vaif- „seaux n'étant point du tout armez, mais servant uniquement a entretenir la „correspondance, entre Cronstadt et Lubec, et a transporter les Passagers „et

^{c)} Ibid. capitul. art. 7. p. 776.

^{d)} L I V. L. XLII. c. 47.

^{e)} Supplement de

la gazette de Leyde N. 65. du 13. Aout. 1734.

„et leurs Effets d'un endroit a l'autre, comme cela se pratique depuis plusieurs années.

„III. Lesquelles hostilités commises de la part de la France ont d'autant plus lieu de surprendre, que de la part de la Russie, on n'en a commis aucune envers la France, mais bien au contraire le Commerce des Marchands et Sujets François ayant eû son libre cours, sans aucun empêchement ou interruption, jusques a ce jour dans les ports de la Russie.

„III. De telles démarches et procédures de la part de la France envers la Russie, étant tout a fait contraires au Droit des Gens, et aux coutumes reçues et usitées entre toutes les Nations même les moins civilisées, qui ne commettent point d'Actes d'Hostilité, sans avoir préalablement déclaré la Guerre. *C'est pour ces raisons, que Sa Majesté Imperiale se trouve en droit, et même en devoir, de retenir les Troupes Françaises mentionnées par droit de Repressailles, jusques a ce que la Fregate nommée Mitau soit restituée, avec tout son Equipage, c'est a dire, le Capitaine, les Lieutenants et les autres Hauts- et Bas-Officiers, Soldats, Matelots et autres du premier, jusque au dernier, sans en exclure qui que ce soit, et sous quelque prétexte, que ce puisse être, avec tout le Canon, Munitions, et tous les Effets, en un mot dans le même état, ou elle se trouvoit lorsqu'elle fut prise par les Vaisseaux François, de même que tout l'équipage et Monde avec tous les Effets pris et enlevés des autres trois vaisseaux mentionnez, et que tout ce cy sans aucune exception ou detention ait été renvoyé réellement, restitué et delivré dans un des Ports de la Russie.*

„Et quoyque Sa Majesté Imperiale se trouve obligée par les raisons susdites de retenir ces troupes françaises, jusqu'a ce, qu'on ait entièrement satisfait de la part de la France a ces justes prétentions de Sa Maj. Imp. Elle déclare toutesfois, qu'en attendant, elles seront traitées d'une manière convenable a la condition d'un chacun, et qu'on aura tout le soin nécessaire, pour leur entretien et subsistance, selon qu'on en conviendra plus particulièrement avec l'Officier, qui les commande, auquel Sa Majest. Imperiale accorde aussi la permission, d'envoyer en France quelqu'un des siens, muni de bons passeports pour y porter cette Declaration, et pour effectuer d'autant plutôt une prompt resolution, et la satisfaction demandée ci-dessus, afin que les troupes françaises puissent être incessamment renvoyées en France; et que de la part de la Russie, dans ce cas la, cette Restitution se puisse faire sans delay, on laissera ces troupes dans un lieu voisin de la Mer Baltique, ou elles peuvent aussi-tôt être embarquées, pour s'en retourner en France, a quoy on apportera toute sorte de facilité et on leur donnera toute l'assistance nécessaire. Fait a Petersbourg. le 16. Juillet 1734.

Cuius rei admiratione cum defigeretur animus, ad suscipienda vota, pro successibus rerum secundarum, et prosperrimis euentis, mirifice concitatus; visum est, *ius obsidum inuitorum* hoc exemplo discere, et generatim, quid de *obsidibus* inuita parte aduersa *captis & retentis*, gentium, et ciuili, et S. R. I. publico iure constitutum sit, breui commentatione enarrare.

§. II.

Obsides etiam inuiti capti & retenti iure obsidum censentur.

Neque enim dubito, quin illi, qui vel nulla conuentione obligati sunt, sed, inuita parte aduersa, aut *capti*, aut *retenti*, recte *obsides* dicantur. „Res careret dubitatione, nisi GROTIUS *f)* obstarer, qui, in vnā causā dātos obsides, in aliam causā, ait, non recte retineri: At, si in alia causā fides iam violata sit, aut contractum debitum, iam obsides retineri, non „*ut obsides*, sed eo gentium iure, quo ciues ex facto imperantium detineri „possunt, κατ' ἀνδροληψίαν. „

Igitur videtur GROTIUS, non agnoscere *obsides*, nisi iure pignoris expressi, et conuentione partium, obstrictos. Verum, si quid video, non id agit Grotius, ut neget, obsides ob causā dātos, & soluto illo vinculo, κατ' ἀνδροληψίαν, propter alias, atque nouas obligationes, postea retentos, *iure obsidum* censeri; sed docet duntaxat, impleta fide pactorum, ad quam faciendam dati erant obsides ab aduersa parte, desinere ipsos esse obsides ex priori causā, postea vero, si ob nouum debitum retineantur, ipsos *nouo obsidum iure*, κατ' ἀνδροληψίαν obligari.

Enimuero non potuit negare Grotius, obsides etiam longius, quam ab initio conuenerat, ex causā probabili retentos, porro etiam *obsides* dici posse. Est enim expeditum inter omnes, obsides quasi iure quodam pignoris obstringi. Certe promiscue *obsides & pignora* dicuntur. LIVIO teste *g)* Clælia, quæ, expressa necessitate dādi obsides, ipsa etiam Porcennæ tradita fuerat; cum mox frustrata custodes, inter tela hostium Tiberim transisset, et sospes Romam peruenisset ad propinquos, deinde, poscente Porcenna, tanquam *pignus pacis*, ex foedere, restituta est. TACITUS etiam *h)* aliquando centuriones, tribunosque in Gallia genitos, *obsides*, tanquam *pignus* aliquod societatis, reseruatos, narrat. Augustus, si SVETONIO TRANQVILLO *i)* fides est, nouum genus *obsidum*, fæminas, exegit; cum negligi marium *pignora* intellexisset. Imo vero alia loco LIVIUS *k)* explicare, *obsides* docet in *pignus* fidei desiderari: et *l)* vnum illud *pignus*, dātos Annibali *obsides*, inclinatos ad Romanorum societatem omnium Hispaniæ populorum animos moratum esse, ne sanguine liberorum defectionis culpa lueretur. Siquis Livio dissidat, audiamus TVLLIUM qui *m)* Cæsaris sententiam, quam

f) GROTIUS de iure bell. & pac. L. III. c. 20. §. 55.

g) LIVIUS II. c. 13.

h) TACITUS.

i) SVETONIUS in vita Aug. c. 21.

k) LIVIUS L. 42. c. 39.

l) Id. L. 22. c. 22.

m) CICERO in Catil. IV. c. 5.

quam *pignus* dicere voluerat, *obsidem* perpetuæ in rempublicam voluntatis appellauit: et ipse ⁿ⁾ libertatem populo Romano, praecipuum animi sui *obsidem* reliquit.

Itaque apparet, veteribus eadem et pignora et obsides fuisse. At vero nemo dubitat, ad constitutionem pignoris non semper conuentionem partium desiderari, sed etiam illa, quæ citra conuentionem, iure quodam, aut capta, aut ab aduersariis retenta sunt, *pignora*, quorum numero et *obsides* habentur, appellari. Certe MARCIANVS l. 12. §. 6. D. *qui pot. in. pign.* etiam *inuito* debitore interdum, ait, rem *iure pignoris* teneri, itemque VLPIANVS l. 25. D. de *captiu.* ciuem redemptum ab hostibus, ante lutionem, & priusquam redemptionis pretium victori offeratur, ab aduersario detentum, *iure pignoris* videri obligatum: quamuis creditori non sit traditus, ut *pignus* pretii redemptionis: e alio loco, l. 20. §. 1. D. *qui test. fac. poss.* illum, qui redemptus sit ab hostibus, quamuis seruum non esse placeat, tamen iubet, *vinculo* quodam *pignoris* omnino retineri, donec pretium soluatur. Quod, ne cuiquam durum videatur, GORDIANVS etiam l. 2. C. de *postlim. reu.* ab hostibus redemptos, quoad exsoluatur pretium, magis in causam *pignoris constituti*, quam in conditionem seruilem, detrufos videri, tradit, neque *naturalis pignoris* vinculum prius, quam soluto pretio, dissolui; cum, quamuis non conuenerit de pignore, tamen naturalis ratio doceat, rem alterius, quam possidemus, donec nobis satisfiat, *pignoris* quodam iure, retineri.

Ex quibus rebus apparet, usu veterum, non res duntaxat, sed etiam homines, priusquam quod nobis debetur, exsolutum sit, citra consensum partium, retentos, *pignora* et *obsides* recte nominari.

Quod si quis nostrorum temporum mores nobis obiiciat, diluit dubitationem BARBEYRACIUS ^{o)} qui, „par droit de Repressailles, inquit, on „peut garder les hommes, jusques a ce, que l'on ait obtenu satisfaction: de „sorte que, pendant tout ce tems là, ils sont, comme *en otage*„ Adeoque patitur, illos, qui inuita parte altera detineantur, iure *obsidum* haberi. Quod, quando permissum sit, erit deinceps locus exponendi.

§. III.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, intelligetur, iure *obsidum* censer, *Obsidum* ge-
quicunque iure pignoris custodiuntur ab aduersa parte, donec ipsi satisfiat: *nera diuer-*
ut officia gentium, citra contentionem armorum, quodam vinculo contine-
antur. Enimvero, cum ad colenda officia amicitie, et sanctissimam con-
iunctionem facti simus, atque a natura imprimis comparati; interest generis
humani, esse aliquod vinculum inter gentes, quo *fides* mutua, societatis

A 3

anima

ⁿ⁾ etc. Or. antequ. iret. in exil. circa fin.
G. VIII. 6. 13. not. 1.

^{o)} BARBEYRAC. ad Puffend. I. N. &

anima & neruus, obligetur. Et quia licentiam, et studium nocendi, vel in debilibus & fessis, impotentia animi, & impunitatis spes, accendit; frenis quibusdam opus fuit, quibus iniuria coerceatur: adeoque excogitari aliquid debuit, quo effici possit, ut inter illos etiam, qui nullo civili iudicio tenentur, & qui, iuris experiundi causa, trahi ad Prætores nequeunt, ius suum cuique tribuatur.

Sed, quia ius cognationis & necessitudo, qua omnes inter nos coniungimur, iubet irae imperare, hominem homini parcere, nihil, si res patiatur, durius & incontinentius in alterum consulere, mediis duris & noxiis, si mitiora suppetant, omnino abstinere, ante omnia molles aditus tentare, & temporum opportunitates observare; videtur convenire gentium officio, ut nihil intentarum facile relinquunt, priusquam ad irarum & armorum publicum certamen, quod *bellum* dicimus perveniatur. Quapropter, cum, teste LIVIO, b) illis demum iusta sint arma, quibus nulla, nisi in armis; spes relinquatur: humanius plerique censuerunt, paucos potius sensu aliquo incommodorum affici, quam, captis armis, omnia officia, & communem gentium securitatem, perturbari. Nihil vero efficacius ad humanum ingenium esse, visum est, quam, amore liberorum, quibus nihil humano generi carius, q) fidem gentium obstringi, & imperatis *obsidibus*, traditoque in custodiam flore iuventutis, perfidiæ periculum auerti. *Romani* certe suspecta omnia habebant, prodique rempublicam credebant, nisi acceptis obsidibus, & pignoribus societatis, publicæ securitati caueretur. AUGUSTUS, quod supra observatum est, r) cum negligi a barbaris obsides masculos videret fœminas poposcit, quas maiori sollicitudine custodiri a parentibus, & propter lubricitatem ingenii, & imbecillitatem animorum, civibus suis, & parentibus inprimis, commendatiores esse intellexerat: ut tanto magis memores essent officii, & promissorum, quanto maiorem curam pro illis suscipiebant, quas, si fidem fefellissent, videbant in periculo versari. Certe VLPRIANVS l. I. §. I. D. ad L. *Iul. Mai.* illos maiestatis crimen contraxisse censuit, quorum opera, & dolo malo, consilium initum fuerit, ut *obsides*, iniussu principis, interciderent: cum spes pacis, & securitatis, custodia *obsidum* inprimis videretur contineri.

Sed quamquam iuris inter gentes æquatio præcipit, ut ne, quæ ipse avidius a sociis exigas, ipse etiam illis dare, & offerre, cum res postulet, tergiuerferis; tamen a Romanis obsides, quos ipsi cupidissime a gentibus poscebant, non nisi in summis difficultatibus impetrabantur. LIVIUS s) ægre extortam Romanis a Porsenna necessitatem, dandi obsides, testatur, cum ipse præsidium Ianiculo deducere, nisi datis obsidibus, negaret. Certe

SCAE-

p) LIV. L. IX. c. I.

s) LIV. II. c. 13.

q) LIV. I. c. 2.

r) SVET. in vita Aug. c. 21.

SCAEVOLA l. 4. D. ad L. Iul. Mai. nisi forte de reddendis obsidibus intelligendus est, non vult fidem populi Romani datis obsidibus obstringi; sed illos, quorum dolo malo factum erit, quo magis obsides dentur hostibus populi Romani, ait, Lege IULIA, & maiestatis crimine, teneri. Hostile enim, & abominandum, videbatur, dare operam, ut ciues Romani in potestatem hostium omnino peruenirent. Quandoquidem illorum libertatem prodi, ipsosque in seruitutem aliquam detrudi existimabant, qui hostibus populi Romani, iure *obsidum* custodiendi traderentur. Teste enim VENVLEIO l. 2. D. de *hom. lib. exhib.* non multum a specie seruientium differunt, quibus non datur facultas recedendi: ut videantur esse in seruitute, qui ab aduersariis, donec ipsis satisfiat, per tempus aliquod detineantur.

Quæ cum ita sint; effecit seruitutis odium, & fauor libertatis, inprimis vero mirifica illa dulcedo patriæ, qua plurimi tenentur, ut inuisa esset obsidum conditio Romanis, & si vel quæreret respublica, quos in summis necessitatibus aduersariis daret obsides, inuenirentur pauci, qui in illam conditionem *consentirent*, & æquo animo iradi se hostibus populi Romani paterentur: pauciores *sponte* se offerrent; plurimi *inuiti*, atque oblucentes, in illam seruitutem traherentur. Enimuero cum & sapientissimus ille apud TVLLIVM ^{r)} Ithacam, patriam, in asperrimis saxulis, tanquam nidulum, affixam immortalitati anteposuerit; quem non Roma, vrbs urbium, mutanda exilio, quod obsidibus per tempus aliquod imperabatur, commoueret. Neque tamen tam sterilis magnorum ingeniorum, aut tam effæta fuit Roma, quin aliquando quendam *Regulum* ^{u)} gigneret, qui, fidei seruandæ causâ, in potestatem hostium magno animo reuerteretur,

*Interque mærentes amicos,
Egregius properaret exul.
Atqui sciebat, quæ sibi barbarus.
Tortor pararet: non aliter tamen
Dimouit obstantes propinquos,
Et populum, reditus morantem;
Quam si clientum longa negotia.
Diudicata lite relinqueret.*

Enimuero SPURIUS POSTHVMIVS ipse auctor fuit ^{x)} ut nudus atque victus Samnitibus, magis in pœnam, quam *obsidis* conditionem, dederetur: ut populum religione, si qua eius sponsione obligatus sit, exsoluat. Sed hæc Romana virtus fuit, qua se superari reliquæ gentes tam æquo animo patiebantur, quam ipsum huius reipublicæ imperium ferebant. Illud, contra, plenum erat perfidiæ, atque Graecæ vanitatis, quod THEMISTOCLES, ^{y)} per-

^{r)} CIC. de orat. I. p. m. 181.
c. 8.

^{u)} HORAT. III. od. V. v. 47.

^{x)} LIV. L. IX.

^{y)} NEPOS in vita Themistocl. c. 7.

persuasit Spartanis, ut viros bonos, nobilesque, quibus fides haberetur, altitudinem murorum exploraturos, mitterent Athenas, & interea se obsidem retinerent: sed simul ipse præcepit suis ne prius Lacedæmoniorum legatos dimitterent, quam ipse esset a Lacedæmoniis remissus. Est enim animi pusilli, magnitudinem animi verbis ostendere, & fraudi virtutem & integritatem prætexere, factis turpitudinem, & insidias prodere, & timoris inconstantiam, & ineptissimam calliditatem.

Imo vero, faciamus, ex animo Themistoclem Spartanis obsidem se tradidisse: Non bene de republica meritus fuisset, qui patriam ciue ingenuo, & in administrandis negotiis versato, spoliasset. Nimirum, si quis animi fuerit tam intrepidi, tam magni, qui se deuouere pro republica, & hostibus se obsidum dedere, atque in aduersariorum potestatem peruenire, communis libertatis causa, non detrectet; hæc ipsa magnitudo animi, & insignis virtus comprobatur, non recte illum hostibus se committere, & officio obsidum defungi, quod homines ingenii mediocris & infirmi, minori incommodo patriæ, commodius obirent. Hoc est prodere, & deferere rempublicam, si quis hostibus sui potestatem, etiam *propter* rempublicam, citra necessitatem faciat, de qua coram & præsens habuisset occasionem melius merendi.

Sed hæc utcumque æstimata fuerint; illud tamen intelligitur, quosdam non repugnantes, sed volentes, & *consentientes*, tradi aduersariis obsides, suoque exemplo comprobare, quod CICERO ait, ²⁾ sapientem nihil coactum facere, nihil inuitum, nihil etiam dolentem: alios *sponte* se periculo offerre: plerosque trahi *inuitos* atque repugnantes. Inter illos autem, qui *inuiti* hanc conditionem subeunt, alii parent reipublicæ, & imperio maiestatis, fidei inveniendæ atque obligandæ causa aduersariis ex pacto, & *foedere*, *traduntur*, adeoque tristi officio, sed necessario, & salutari in posterum, de patria merentur: alii contra, *capiuntur* ab aduersariis, qui ius gentium læsum atque perturbatum esse crediderunt, & citra patriæ consensum, & conuentionem, pignoris iure obstringuntur donec læsis satisfiat: alii denique, qui ob aliam causam in manus aduersariorum peruenerant, priori vinculo soluto, ob alias, & nouas obligationes, per tempus longius, quam conuenerat, in ipsorum custodia, obsidum iure *retinentur*, donec de nouis etiam causis, cum aduersa parte transigatur.

Sed de his quidem, qui *inuiti dantur* a republica, GROTIUS, ^{a)} ALBERICVS GENTIL. ^{b)} PVFENDORFFIVS ^{c)} BUSIVS & SALMASIVS ^{e)} CONRINGIVS ^{f)} exposuerunt: & præter illos, inprimis lepidus est BAL-

DVS:

²⁾ CIC. paradox. 5.

^{a)} GROT. I. B. & P. L. III. c. 20. §. 52.

^{b)} ALBER.

Gent. I. B. 2. 19. p. 396.

^{c)} PVFEND. I. N. & G. 8. 2. 6.

^{d)} BUSIVS

subtil. iur. 1. 17.

^{e)} SALMAS. de mod. usur. pag. 112. & 531.

^{f)} CON-

RING. ad Lampad. c. 9. §. 4. & 5.

DIVS: qui ad L. 2. C. de Patrib. qui fil. distrax. inuitorum, ait, nullam esse obligationem, adeoque ne *datos* quidam obsides inuitos, pro republica obstringi: quasi vero, a nostro consensu pendeat, utrum velimus maiestati imperantium obtemperare, aut unquam ciuibus, postquam omnes in unius ciuitatis corpus coaluerunt, aliquid detrectare liceat, quod ad salutem vniuersorum videatur pertinere: aut quasi *manibus* deliberare sit permissum, an iniuria ab oculis, quibus totum corpus regitur, prohibenda sit, illarumque ministerium desideretur: aut quasi in illis officiis, consensus ciuium necessarius sit, ad quæ obeunda, iure perfecto, etiam nolentes, atque oblucentes, obligantur. At vero, *captos*, citra conuentionem partium, & *retentos* obsides, etiam SCHILTERVS, qui alias ius obsidum commentatione luculenta comprehendit, vix in transcurso attigit: quapropter dabo operam, ut de his quidem copiosius & diligentius tractetur.

§. IV.

Romani quidem, quod supra diximus, duram conditionem *obsidum* Ius Roman. censabant. Quapropter *praetor*, ut, qui liberum hominem retineat, illum non exhibeat, l. 1. pr. D. de homine lib. exhib. interdixit: quod VLP^{ius} ^{prorsus prohibet ne ob-} NVS d. l. 1. §. 1. tuendæ libertatis causa factum esse, docet, ne *homines liberi* a quopiam detineantur. Sed idem tamen VLP^{ianus} ^{capiantur.} NVS l. 3. §. 5. D. *cod. tit.* generaliter, qui *iustam causam* habeat, hominis liberi omnino retinendi, illum, docet, non videri, dolo malo facere: ideoque contra hunc non locum fore interdicto. Certe, iure gentium & belli, TRYPHON^{ius} NVS l. 12. pr. D. de capt. & postlim. reu. tradit, qui in pace peruenerint ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum seruos effici, apud quos, iam hostes, suo facto homines liberi deprehendantur; adeoque patitur, gentes liberas, coercendorum aduersariorum causa, manum hominibus iniicere, & necessitatem hostibus imponere, ut caritate suorum a concertatione armorum, & contentione virium, retineantur. Quamuis enim HONORI^{us} & THEODOSI^{us}, l. 20. C. de postlim. reu. interdicat, ne prouinciales cuiuslibet sexus, & conditionis, & ætatis, quos barbarorum feritas, captiuitatis necessitate transuexerit, inuiti a quopiam retineantur; tamen hoc non eo pertinet, quod *iure gentium*, ne quis hominibus liberis vincula iniiciat, prohiberi credant; sed, ne illi, qui in imperium Romanum reuersi fuerint ex captiuitate, detineantur, a ciuibus, atque usu libertatis, postliminio recuperatæ, excludantur. Ita enim iidem imperatores, l. 1. C. de episc. aud. voluntatem suam rescripto interpretati sunt, ne quis *romanos* captiuos, qui reuersi fuerint, teneat, aut iniuriis afficiat, & damnis.

Itaque iure gentium licere visum est, ut, dum controuersie inter illas oriuntur, homines liberi ab hostibus in ipsorum solo deprehensi, capiantur.

*Priuat*is vero PAVLLVS ne quidem *hominem liberum pignori*, neque filium familias a parente iure obſides obſtringi l. 5. D. *quæ res pign.* permisit: ſed eum, qui ſciens illum acceperit, relegatione iuſſit coërceri. Certe DIOCLETIANVS & MAXIM. l. 6. C. *eod.* qui liberos homines, pro pecunia, pignoris titulo acceperit, illum circumuentum eſſe, & obligationem pignoris conſiſtere non poſſe, docuerunt: Et IVSTINIANVS Nov. 134. c. 7. *iniquitatem* creditorum accuſauit, qui debitorum filios recipiant in *pignus*, aut ſeruitutem, aut in conductionem: vt intelligatur, iure quidem Romano, liberorum hominum pignora non penitus probari.

Sed facilius admiſſum in *ſeruis*, vt iure pignoris detineantur. SEVERVS enim & ANTONINVS l. 1. C. de *Remiſſ. pign.* tunc demum, ſi ſciente eo, cui pignoris nomine obligatus erat ſeruus, manumiſſus ſit, obligationem pignoris remiſſam, cenſuerunt, & MARCIANVS l. 13. §. 6. D. de *pign. & hypoth.* etiam *ſtatu liberum*, id eſt, cui ſpes imminet accipiendæ libertatis, hypothecæ dari patitur, licet, conditione exiſtente, pignus euaneſcat.

Ne igitur exiſtimes, iniquum omnino Romanis ius *capiendi obſides* videri. Priuat^{is} in priuatos, eodem uſos iure libertatis, ius eſſe noluerunt; ne vis omnino fiat in republica, ne periculolum ſit exemplo, illos, qui ipſi maiestate imperii coerceantur, ſua auctoritate, alios, qui aequo iure cenſeantur, in vincula ducere, & priuatim detinere: cum eſſet facultas, ut experiundi iuris cauſſa adirent ad prætorem, & edita formula, quod debeat, impetrarent. Enimvero, ex eadem cauſſa, ne alia quidem pignora, quæ in cuiusque bonis eſſent, capere licebat, ſine iudicis auctoritate. l. 3. C. de *pign.* l. 2. & 3. C. *ſi ex cauſſ. iudic.* quandoquidem, ſi ius reddi poſſit a prætore, æquitas poſtulare viſa eſt, prius conuinci debitorem, priuſquam, captis pignoribus, aut ſequeſtro, ad debiti ſolutionem compellatur. Quod HONORIUS & THEODOS. l. un. C. de *prohib. ſequeſt. pec.* præceperunt. Nimirum hoc in ciuitate habet rationem, cum ſit periculum, ne cupiditate rerum homines accenſi, iræ imperare nequeant, & latius vagentur, ſæpe in innocentes impetum faciant, & animi impotentia aliis moleſti ſint, a quibus ipſis nihil debeat: quod æquitati naturali aduerſum eſſe, *Imperatores* l. un. C. *vt nullus ex vican.* & Nou. 52. c. 6. cenſuerunt.

Verum enim vero, ita ius inter *Quirites* dictum eſt: neque tamen hoc Romani ad *gentes liberas* proferri voluerunt: quandoquidem & MARCIANVS l. 12. §. 6. D. *qui pot. in pign.* itemque GORDIANVS Imp. l. 2. C. de *poſtlim. reu. naturale pignoris* vinculum, cui inprimis inter illos, qui nullo ciuili iudicio tenentur, locus eſt, etiam *inuito* debitore, ab ipſo creditore conſtitutum, agnouerunt. Sed de hoc deinceps exponemus.

§. V.

Vt vero appareat, ad vim in ciuitate prohibendam inprimis, interd- *Ius retentio-*
ctum esse ciuibus, ne debitores, captis pignoribus, sine auctoritate præsidis. *nis ex legi-*
coerceantur; audiamus PAPINIANVM l. i. pr. D. de pignor. itemque Pom- *bus Romanis.*
ponium l. 51. D. de condict. indeb. qui possidenti facilius retentionem con-
cesserunt, etiamsi aliquando non habeat petitionem: quia non sit pericu-
lum turbarum, & dissensionum, & tumultus g) si pignora a possessoribus
retineantur. Itaque NERATIUS l. 8. D. de incend. ruin. non dubitat,
quin ratem vi fluminis in agrum meum delatum, retinere possim: neque
prius domino illius potestatem faciendam, docet, quam si cautum fuerit,
de damno præterito resarciendo. Neque POMPONIUS omnino l. 8. §. 6. D.
de pignor. act. debitoris desiderat consensum, sed, si plura mancipia pigno-
ri data fuerint, & quædam certis pretiis ita vendiderit creditor, vt euictio-
nem eorum præstaret, reliqua mancipia posse retineri, ait, donec ei de in-
demnitate caueatur. Quod ne quis existimet civili tantum iure introductum;
PAPINIANVS l. 48. D. de R. Vindic. possessorem bonæ fidei, qui prædi-
um alienum ob sumtus in illud factos retinet, contra petitem, doli malæ
exceptione opposita per officium iudicis, æquitatis ratione defendi iubet,
quamuis non sit prodita actio, qua sumtus post rem restitutam a domino
petantur. Itaque dolo malo agit, qui non vult rem a possessore. donec
ipsi de sumtibus satisfiat, retineri. Ex qua re intelligitur, ratione naturali
introducendum ius retentionis, cum docente PAVLLO l. i. §. i. D. de doli mal.
except. ideo prætor proposuerit exceptionem doli mali, ne cui dolus suus per
occasionem iuris civilis proferat, contra naturalem æquitatem. Quod adduxit
GORDIANVM, VI l. vii. C. etiam ob chirograph. soluto etiam iure pigno-
ris, si illud adhuc possideas, te pignus restituere, propter exceptionem do-
li mali, non cogendum esse, existimet, donec tibi pecunia, quæ etiam si-
ne pignore debetur, a debitore offeratur. Quamuis enim Accursius dubi-
tet, & FRANCISCUS DVARENVS ad l. 7. §. 5. D. solut. matr. contra ius
retentionis disputet; tamen illi LYDOVICVS VITALIS h) huic SCHVL-
TINGIUS i) satisfecerunt.

Igitur, cum naturalis ratio persuaferit Romanis, vt a priuatis etiam
pignora, quæ possident, donec ipsis satisfiat, retineri patiantur; non eget
disputatione, quin illo iure, etiam inter gentes liberas, quæ solis diuinis,
inprimis naturalibus præceptis obtemperant, locus fuerit obsidum, inuita
parte altera, retentioni. Enimuero non circa bona duntaxat debitoris, ex
legibus Romanis, versatum est ius retentionis, sed, eadem suadente æqui-

B 2

tate,

g) CUIAC. XVIII. obseru. c. 10. desid. herald. de rer. iudic. Auct. II. 23. b) LV-
DOV. VITAL. lect. var. L. II. c. 18. in thes. Ottonis T. III. p. 682. i) SCHVL-
TING. iurispr. ante-Iustin. ad Vlp. Tit. VI. p. 583.

tate, possessoribus etiam *homines* subinde, quamvis libertate restituta, *retinere* iure pignoris permissum. *VLPIANVS* certe l. 3. §. 3. D. de *hom. lib. exhib.* si quis cum, inquit, quem ab hostibus redemit, *retineat*, in ea causa est, ut non teneatur interdicto: quum *dolo malo* non fecisse videatur. Itaque caret dolo malo, atque æquitatem sequitur, qui retinet hominem ab hostibus redemptum, donec pretium solvatur. Præcipiente enim *GORDIANO* l. 2. C. de *postlim. reu.* redempti ab hostibus, versantur in causa *pignoris*, & naturali *pignoris* vinculo tenentur, donec numi, pro ipsis expensis, redemptoribus restituantur.

Enimvero, quis possit a se impetrare, ut *SCHILTERO* ^{h)} consensiat, qui negat, unquam recte hominem liberum pignoris iure retineri, sed *redemptos ab hostibus*, donec pretium solvatur: in *servitute* adhuc detineri, ait, adeoque illos, non ut homines liberos, sed, ut servos, iure pignoris obstringi. Nam manifeste obloquitur *SCHILTERO* *VLPIANVS*, qui l. 20. §. 1. D. *qui testam. fac. poss.* redemptum non videri servum, docet, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvatur. Imo *GORDIANVS* etiam l. 2. C. de *postlim. reu.* ab hostibus redemptos, magis in causam *pignoris* constituti, quam in *servilem conditionem* detrufos esse, tradit; ut dubitari non possit, in hac specie, hominem liberum, *pignoris* loco, etiam a privatis posse retineri.

Ceterum privati carceres, pœna constituta, a *ZENONE* l. un. C. de *priv. carc.* interdicti: quia Alexandria & per Aegyptum homines facinorosi ingenuis, iter facientibus, per insidias subinde, imminebant. Certe etiam hodie nefas est, hominem privatim, ne in publicum procedat, per tempus longius, in carcere & custodia teneri. Haud ita pridem, quod a *Dno. Præfide* accepi, *ordo Ictorum Vitembergensium* multa dominum coercuit, qui ancillam, furti aliquantulum suspectam, sed seminudam, loco squalido, bis, circa mediam noctem, incluserat, & diutius detinuerat, donec sero illam lictoribus ad prætorem deducendam traderet. Sed *VLPIANVS* tamen l. 25. D. ad *leg. Iul. de adult. coerc.* contumeliæ defendendæ atque vlciscendæ causa, marito permisit, moram adultero iniicere, ne elabatur. *Legis* enim *Iuliæ* Capite quinto, cautum est, ut viro, liceat, adulterum cum uxore sua deprehensum, quem aut nolit aut non liceat occidere, per viginti horas diurnas nocturnasque continuas, *testandæ eius rei causæ*, sine fraude sua, iure retinere. Et hæc videtur esse species causæ iustæ & probabilis, ob quam *VLPIANVS* l. 3. §. 4. D. de *homin. lib. exhib.* generaliter privatis facultatem dedit, hominis liberi apud sese sine dolo malo retinendi.

§. VI.

k) *SCHILT.* de iure obsid. c. XI. §. 3. p. 98 b.

§. VI.

Satis, credo, comprobatum est, confirmatum esse legibus Romanis *Ius pignorationis in S. R. Imperio.* *ius retentionis*, quod ipsa aequitate naturali commendatur. Sed hoc durius, priuatos ipsos occupare pignora, sine praesidis auctoritate: inprimis, si alius, pro alio, & is, qui nihil debeat, pro debitore, quibusdam incommodis afficiatur. Hoc enim & ZENO l. un. C. *ut nullus ex vican.* & IVSTINIANVS Nou. §2. c. 1. atque etiam pontifex c. un. *de iniur. & damn. dat. in 6to naturali rationi aduersum* esse censuerunt: ne totum corpus ad rabem veniat, si illi, qui conglutinati inter sese, & connexi, tanquam membra coniunguntur, inter se aduersi, bellum intestinum moliantur. Germanorum quidem, postquam a prisco studio barbarum, & seditionum, moribus correctis, desciuerunt, tanta fuit moderatio, ut, quamuis olim latrocinia, quæ extra fines cuiusque ciuitatis fierent, ^{l)} nullam infamiam haberent, tamen suis ciuibus, ne ab exteris quidem, pignora capere, permitterent, sine decreto maiestatis. *Fridericus I.* Imperator, incomparabilis exempli, cum Masconensis Vice-Comes quosdam mercatores Germanos rebus suis spoliasset, vnum etiam captiuum per tempus aliquod retinisset, Ludouicum Galliae regem, antea per litteras cancellarii sui monuit, ut damna sarciantur. Apud GOLDASTVM ^{m)} enim extat exemplum harum litterarum: „Petimus, &, ex parte Augusti Serenissimi, vestram excellentiam commo-
nemus, ut hominem & res retentas reddi faciatis. Alioquin, si damna illi-
usmodi *per vestros negotiatores* fuerint resarcita, aut si nouum teloneum,
ad damnum resarciendum, super vestros mercatores fuerit constitutum, ve-
stra discretio non grauetur: Igitur, non, nisi causa cognita, & cum cautio-
ne, ciuibus ius pignerandi exteros permittebatur. Quod vir illustris, AV-
GVSTINVS LEYSERVS ⁿ⁾ obseruauit.

Imo vero *Fridericus II.* ciues Romani imperii, ne rebellibus quidem, quamuis ad arma ventum esset, pignora extorquere voluit, se inconsulto: cum sui esse arbitrii debeat, qua ratione immorigeri coerceantur. Itaque apud eundem GOLDASTVM ^{o)} non nisi post preces supplices, mercatoribus quibusdam, quibus Anconitani nauem aliquam Venetias destinata, cum mercibus, per vim abstulerant, potestatem fecit, „ut, quamdiu Anconitani in
„rebellionem perstiterint, per mare & terram tantum ex bonis illorum capiant,
„quo usque eis, in valore vnciarum auri centum, damnorum, quæ passi
„erant, causa, satisfiat.

Ex quibus litteris discitur, nec temere, nec in infinitum ius capiendi pignora, ne aduersos improbos quidem, in Germania concessum. Tantum

B 3

abest,

^{l)} CÆS. B. Gall. VI. c. 23. ^{m)} GOLDAST. constit. imp. T. I. inter constit. Frid. I. n. 20. p. m. 282. ⁿ⁾ LEYS. medit. ad Pand. T. I. sp. 30. n. 4. ^{o)} GOL-
DAST. constit. imp. T. II. inter constit. Frid. II. n. 33.

abest, ut inter ordines imperii, qui in officio manserunt, quamvis interdum causæ, propter quas inter sese conquererentur, exortæ, fuerint, obtinuerit *ius pignerandi*. Enimvero cum aliquando ciuitas quædam imperii a Tuterdinis, ob hominem furti apud ipsos postulatam, ius impetrare non potuisset, idem Fridericus II. p) interdixit: „ne sine speciali imperatoris „mandato *repressalias* facere audeat, sed si quid iuris se contra illos habere „contendat, illud per imperatoris curiam, quod ratio postulet, recepto prius „oraculo imperatoris, prosequatur.”

Itaque, ne ob *iustitiam* quidem, quod aiunt, *denegatam*, pignerationes, quas, in eiusmodi specie, proprio nomine *repressalias* appellant, in imperio Romano carent reprehensione; sed in ius vocandus est ille, de quo habes causam conquerendi, & forense bellum ei indicendum, cum quo controuersie exerceantur.

Sed *repressaliis* quidem ob *denegatam* iustitiam interdum aduersus externos, nunquam inter ordines imperii, nisi, cum armorum etiam certamen permittitur, q) locus est. Ab his GAILIUS *pignerationes* hoc nomine *speciatim* appellatas, quibus possessio defenditur, distinguit. r) Hæc subinde nihil videntur vitii habere, si id agant partes, ut tantum retineant possessionem. *Ordinatio cameræ imperialis* part. II. tit. 22. pignerationes non omnino damnat, si qua inter ordines. S. R. imperio immediate subiectos, & qui superioritate territoriali hodie vtuntur, de *possessione retinenda*, dissensio aliquando enascatur. Neque tamen temere illæ in imperio suscipiuntur. Arctis GAILIUS limitibus ius pignerandi circumscripsit. Inprimis, si homines, aut *obsides* per vim capiantur, mandatis pœnalibus, sine clausula iustificatoria, quam dicunt, locus est, quibus obsides & pignora iubentur continuo dimitti: data ab his fide, si causæ in iudicio probata fuerit, se in eius, qui ipsos ceperat, potestate redituros: quod ut faciant, aliquando causæ cognita, iussu iudicis, omnino adiguntur. d. cap. 22. P. II. *ord. cam.* d. A. 1555. Certe, præstita cautione de iudicio sisti, & iudicatum solui, confestim dimittendos esse, *rec. imp. Sp.* d. A. 1570. §. 84. sanctissima conuentione definitum, & *recessu deputat. Spir.* d. A. 1600. §. 36 sq. & *rec. imp. Ratisb.* d. A. 1654. §. 138. sq. copiosius deducum.

Saxones, si damnum datum fuerit, & ius viæ, aut pascendi, aut similia, inuito domino, per iniuriam vsurpata, et iam priuatis facultatem capiendi pignora, animalia inprimis, concesserunt. II. I. R. art. 40. & 47. Si quis enim in suo ob causam idoneam ceperit pignus, & iudici illud tradiderit custodiendum, non solum impune est, sed omnino fructuosum: cum per pignerationem etiam præscriptio interrumpatur. Ita serenissimo legisla-

tor;

p) GOLDAST. I. C. II. 20.

q) vid. illustr. LEYS. med. ad pand. T. I. sp. 30. §. 5.

r) GAIL. de pignorat. obs. I. 41q.

tori Saxoni in const. el. 7. & 8. P. II. visum est. Neque tamen vllius rei studium Saxonibus omnino maius, cura libertatis. Ideoque moribus obtrinit; vt *homines* capere non liceat, ne quidem seruos alienos, vt iure pignoris, aut obsidum, custodiantur: lib. 2. §. R. art. 34. vtque iudex etiam, qui reum carcere, per iniuriam, detinuit, multa, ob iniustum carcerem, coërceatur.

Certe priuatis nefas est, *pignerari homines*, & ducere in captiuitatem. Tractata est eiusmodi species haud ita pridem in iudicio prouinciali Lusatiae inferioris. Duo vicini, de pascendi iure controuersiam habebant. Alter prior alterius animalia iure pignoris ceperat, & ad iudicem adduxerat custodienda. Alter, vt par referret, & ne cedere vicino videretur, ipse etiam postea binos vicini boues, & binos pastores, gregis duces, pigneratus erat. Quod ad ius pascendi, dubia victoria disceptabatur. Itaque vtriusque possessio, seu compossessio, quam dicimus, defensa. Sed reus, qui pastores abduxerat captiuos, sententia monitus, vt repressaliis omnino abstineret: Daß Beklagter derer unzulässigen Repressalien hinführoben willführ. Straffe, sich zu enthalten schuldig. Et hoc quidem iure in Saxonia vtimur.

§. VII.

Itaque, *iure gentium* duntaxat, obtinuit, ut, si ius impetrari non possit, ob iniuriam acceptam, ciues illius reipublicae, quae illam intulit, etiam inuiti atque innocentes, *capiantur iure obsidum*, aut, si in partis laesae potestate fuerint, donec satisfiat, in custodia *retineantur*. Quae res quam acerbe a quibusdam accusata fuerit, & supra indicatum est, et *GAILIUS*, ^{s)} *KOPPEN* ^{t)} & *PESCHWITZ* ^{u)} suo exemplo comprobarunt.

Verum enim vero gentes, quae praetorem communem, a quo ius reddatur, adire nequeunt, natura docuit, vt securitatem muniant, iniuriam propulsent, omni diuina, & humana ope, pericula auertant; quandoquidem sensu incommodorum, & metu turbarum, & molestiarum, homines magis, quam fructu bonorum praesentium, et spe futurae voluptatis, commouentur. Quapropter, cum iustitiae fruendae causa societates ineantur, atque omnia iura constituta sint: ne per contentionem armorum confestim omnia diuina & humana perturbentur, *obsides* etiam *inuitos* atque pignora capi, placuit, quorum caritate, atque desiderio gentes in officio contineantur.

Sed ne cuiquam durum videatur, *innocentes*, forte fortuna in potestatem hostium delatos, propter delictum aliorum adduci in discrimen; exponendum est breuiter, quid sua cuique *innocentia* debeat praestare. Nimirum, qui culpa vacant, in *conscientia* rectae voluntatis, quod *FULLI-*

VS

s) GAIL. de pignerat. obs. 2.

t) KOPPEN decif. 41. n. 1. & 2.

u) PESCH-

WITZ de repressaliis c. 2. n. 22 sq.

vs ait, x) maximam consolationem rerum incommodarum inueniunt; cum non sit vllum magnum malum præter culpam.

*Conscia mens, ut cuique sua est, ita concipit, intra
Pec̃lora, pro factō spemque metumque suo y)*

Itaque hoc cuique virtus tribuit, ut non palleat, utque *culpa absolatur*, ut pudore infamiæ, & dedecore, & nota inter bonos liberetur. Quapropter inter illos, qui civili iudicio aut damnari possunt, aut absolui, *poena* etiam carebit, in quem culpa nequeat conferri. Hactenus a fontibus *innocentes* feiunguntur. Ceterum contra *infortunium*, & casum, atque vim maiorem, nemo ex innocentia præsidium habebit.

*Non meriti poenam pateris, sed Numinis iram.
Est aliquid, magnis crimen abesse malis. z)*

Igitur, quamuis impunitate dignus sit, qui dedit operam, ut bene mereatur, tamen non tergiuersabitur, quo minus, ut *medium* aliquod, & securitatis communis, triste quidem, sed unicum, & necessarium *instrumentum*, incommodo afficiatur: ne ad plura membra humani generis perueniat sensus calamitatis, quem pauci quidam possint commodius perferre. Enimuero, & animalibus vescimur, & pluribus rebus utimur, quas necessitas desiderat, quas *innocentes* esse, & crimine vacare, omnes profite-mur; neque tamen dubitamus, quin illas ad vsum, ad quem procreatae sunt quantumlibet cum illarum incommodo coniunctum, liceat accommodare. Quapropter, cum sit inter omnes expeditum, homines singulos inprimis procreatos esse propter vniuersos, cumque, si rem ex naturali ratione, & Dei voluntate, & iuris, quo utimur, æquatione æstimes, magis intersit, plures a periculo defendi, quam singulos duntaxat, atque paucos; nemo dubitabit, *obsides* quosdam paucos, quamuis bonos, atque *innocentes*, rectius aliquid calamitatis accipere, quam per contentionem armorum, si res aliter transigi non possit, gentes vniuersas, pacemque omnium turbari, & in societatem periculorum & calamitatum ciues multarum gentium adduci. Illustris LEYSERVS a) optime *belli* argumento vitur: cuius incommodis cum omnino multi, qui nihil deliquerunt, attingantur; quis accuset ius gentium, si impetus in paucos fiat, qui capiantur iure *obsidum*, & finiendæ contro- uersiae gratia, per tempus aliquod retineantur.

Sed aduersatur VLPIANVS, qui l. 7. §. 1. D. *quod cuiusque vniu. nom.* quod debet *vniuersitas*, illud negat *singulos* debere: adeoque vniuersos, ait, non singulos omnino recte conuenire. Enimuero, quæ iure gentium administrantur, nihil ad prætorem. Hoc inter priuatos iuris est, ne alius pro alio conueniatur, aut singuli pro vniuersis: quod & ZENO l. un. C. *ut*

x) CIC. ad fam. L. VI. ep. 4. v. 6. y) OVID. Fast. L. I. v. 485. z) OVID. l. c. v. 483.

a) LEYS. med. ad pand. T. I. spec. XXX. §. 4.

ut nullus ex vican. & IUSTINIANVS Nou. 52. c. 1. docuerunt. Cum enim apud iudicem, in foro, lites & controuersiae tractantur, habet rationem, ut ab illo, qui deliquit, duntaxat poenae expetantur. At vero inter gentes, quis patet exteris aditus ad illos, qui ius gentium perturbant: quomodo continebuntur in officio, & coercebuntur principes exteri, nisi quodammodo per iugula ciuium petantur illi, qui rempublicam sua auctoritate administrant: ut suorum caritate moueantur, ne dent occasionem litibus, & dissensionibus, qua peste totum genus humanum affligitur atque perturbatur.

Igitur qui gentes interdum armis inter sese congregi, & bello de summa rerum decernere, permittit, ille patiatur necesse est, obsides etiam capi, si res postulet, &, donec satisfiat, detineri: quandoquidem ipsi *captiui*, quos iure belli hostes in suam potestatem redigunt, si rem recte aestimes, sunt quidam *obsides inuiti*, quos minuendae controuersiae, & quaerendae pacis causa, capimus, &, donec transigatur, aut pretium redemptionis offeratur, retinemus.

Sed praeter illa, quae adhuc disputata sunt, etiam alia causa accedit, quae efficit, ut recte ciues, quamuis innocentes, capiantur. Enimvero cum totius ciuitatis corpus, *maiestatis* arbitrio regatur, eiusque voluntati se permittat, commodisque, quae a principe procurata, & ab exteris etiam sub inde per illum impetrata sunt, fruatur; consequens est, ciues & iam singulos, quae a maiestate suscepta, & administrata sint, agnoscere debere, &, si quid inde incommodi exoriat, si quae controuersiae cum gentibus finitimis enascantur, partem aliquam communium malorum ferre & suscipere, &, quae a principe *tanquam ex voluntate omnium* gesta sunt, etiam sua calamitate luere, & expiare. Neque enim tam propter alienum facinus, quam propter suum, capiuntur ciues, qui propter controuersias principum in periculum incurrunt; cum quae ab his gesta sunt, *nomine omnium*, & propter omnes, suscepta videantur. Simus igitur, quod TULLIVS ait ^{b)} ea mente, quam ratio & veritas praescribunt, ut nihil in vita nobis praestandum, praeter culpam, puremus: &, ea cum careamus, omnia humana placate & moderate feramus. Illud exploratum est, leuandam esse innocentium aegritudinem, & calamitatem minuendam, damna etiam accepta, si postea ad suos reuertantur, dissoluenda atque compensanda, &, praecipiente PAVLLO, l. 1. D. de leg. Rhod. de iact. quod propter omnes, & propter ipsam rempublicam amissum est, contributione omnium rescarciendum.

§. VIII.

^{b)} Cic. ad fam. L. VI. ep. I. v. 11.

§. VIII.

*Ex quibus
caussis capi-
antur obfi-
des & retine-
antur.*

Sed, cum nihil dulcius sit usu libertatis, nihil a consilio, quo homines, conditi sunt, & a natura procreati, alienius sit seruitute, nihil inhumanius, quam temere & inconsulto aliquid moliri, quod cuiquam graue & molestum esse posse videatur; efficit communis quasi legis, & humanæ conditionis recordatio, ut, quibus ex causis manum hominibus liberis iniicere, & *obsides* omnino aut *capere* aut *retinere* liceat, expediendum sit. Quæ deliberatio tanto est dignior, tantoque magis necessaria, quanto rectius Abeloxx ille Hispanus apud *Liuium* c) præcipit, nihil publice populis gratius, nihil ad faciendas coniungendasque amicitias accommodatius, quam *obsides remitti*: quemque sibi potius, quam obsidibus, credi velle, & habitam fidem, etiam sine obsidibus, ipsam plerumque fidem obligare.

Sed hæc res quidem tota non solum *ex ratione naturali*, sed etiam *ex usu gentium* addiscenda est: cum hæc sit consuetudinis inter gentes auctoritas, ut facile ab illa discedi non possit: cum omnis nouitas suspecta, nihilque certum, atque tutum videatur, si temere inueterati mores deferantur: cumque societas humani generis omnino perturbetur, atque quasi face quadam & tuba, ad discordiam & dissensiones exercendas, euocetur, si quid præter expectationem, quod usu gentium non sit frequentatum, citra insignem aliquam necessitatem, a quopiam suscipiatur.

Illud quidem apud omnes obtinet, non, nisi auertendi periculi maioris causa, ex quo plus incommodi, quam ipsi obsides captiui sentiant, reipublicae immineat, obsides aut recte capi, aut omnino retineri: cum parum absit a furore, qui instrumentis noxiis utatur, ex quibus plus damni debeat timeri, quam sperari possit voluptatis, & emolumenti, si ipse perueniat ad finem. Igitur in ipsa concertatione armorum, inque usu belli, interdum *controuersiarum minuendarum causa*, obsides inuitis extorqueri placuit, quorum miseratione, & amore, aut etiam iactura, hostes secum habitare discant, atque a contentionibus remittere, & ad pacem & amicitiam reuerti. Hoc semper agitur, quoties *capti ab hostibus* in praesidia custodiendi deducuntur. Romani aliquando, teste *LIVIO* d) *obsides*, quos Carthaginienses ab omnibus Hispaniae populis acceperant, captos in castra deduxerunt, & restituerunt Hispanis, ut inclinatos ad Romanam societatem animos, quos hoc vnum pignus adhuc moratum erat, a Carthaginiensibus abstraherent, hostiumque exercitum, defectione Hispanorum, obsidibus illarum Hannibali ereptis, debilitarent.

Sed saepius, priusquam ad armorum disceptationem publicam perueniretur, ad *propulsandam* atque vlciscendam *iniuriam*, & *damna*, quae accepimus, dissoluenda atque *sarcienda*, obsides capti, & retenti. Ob na-
ues

c) LIV. L. 22. c. 22.

d) Ibid. eod.

ues quidem *surreptas* tanto frequentius, quanto certius illae, si semel captae & clapsae sint, sui vestigium non relinquunt, & quanto magis interest generis humani, commercia, etiam maritima, seruari, illosque, qui tempestati & mari publico se committunt, & nullo alio praesidio, quam securitate publica vtuntur, ab hominum iniuria defendi. Quod *Fridericus II.* ob nauem Venetias destinatam, & ab Anconitanis rebellibus surreptam, mercatoribus facultatem dederit, mari & terra tantum ex Anconitanorum bonis capiendi, quantum sufficiat ad damna sarcienda, ex GOLDASTO ^{e)} est a nobis supra comprobatum. Etiam VENETI, quod Illustris LEYSERVS ^{f)} ex Nicephori Gregor. libro IX. obseruauit, Genuensium *naues*, repressaliarum iure, occuparunt, donec, reparato damno, cum mercibus, illaefae restituerentur.

Igitur, non sine exemplo, *potentissima Russorum imperatrix*, ob *naues* sibi *surreptas*, Gallos, qui in ipsius potestate versabantur, obsides retinuit. Sed praeter rationem *Turcae* aliquando, anno C. 1644. ob *naues* ipsorum, iussu Melitensium, captas, & abductas, ab omnibus Christianarum gentium legatis, ad quas illa controuersia non pertinebat, res suas repetebant, &, ni redderentur, omnibus exitium comminabantur. Ita enim Iobus LVDOLFVS ^{g)} rem enarrat. Certe non cunctanter *Turcae* anno 1659. ob nauem Gallicam, mercibus Constantinopolim destinatis oneratam, sed a praefecto, culpa nautarum, priuata auctoritate, alio deductam, ipsum legatum Gallorum comprehendi posse crediderunt, ^{h)} & in vincula coniectum, per tempus non modicum detinuerunt: de quo iure deinceps studiosius trademus.

Enimuero *ob legatos violatos*, quorum sanctitate gentium amicitia, & societas generis humani inprimis continetur, homines innocentes capi, atque retineri posse, gentium usu comprobatur; vt his securitas praestetur, vtque discant gentes, ea sancta credere, quorum violationem damno luere coguntur. *Rex Daniae* aliquando, si WICKEFORTIVM ⁱ⁾ audiamus, ob Caium Ranzonium, a Batauis indignius acceptum, classem mercatorum Batavorum in freto Oresundico retinuit; mox exsolutis triginta millibus, quibus iniuriam aestimauerat, dimisit. BATAVI etiam A. 1655. talionis iure *legati Anglici scribam*, ob ordinum generalium legati scribam, in Anglia in carcerem coniectum, donec ipsis satisfaceret, diligenti custodia detinuerunt. ^{k)}

Fridericus I. etiam ob mercatores Germanos, in Gallia bonis & fortunis spoliatos, *pignerationem*, aut *reppressalias*, apud GOLDASTVM ^{l)} Ludouico regi

C 2

^{e)} GOLDAST. const. Imp. T. II. inter const. Frid. II. n. 33. p. 61.

l. c. p. 308.

^{g)} Ludolffs Schau: Bühne, T. II. p. 1172.

^{f)} LEYS.

^{h)} Id. T. III.

p. 1132.

ⁱ⁾ WICKEFORT l'ambassadeur L. I. sect. 17. p. 188.

^{k)} AITZEMA

L. 45. p. 1017. & L. 46. p. 167.

BYNCKERSHOEK de foro legat. c. 22.

^{l)} GOLDAST. const. Imp. T. I. p. 282. -

regi Galliæ, minatur. Et generatim, quoties ob *iniuriam*, & *damna accepta*, ius non potest impetrari, aut generis humani interest, facinus exterrorum sine ultione non dimitti, pignora & obsides, sine vlla fraude, capiuntur.

Illud ferri non potest, quod Themistocles machinatus est *m)* apud Spartanos, quibus se ipsum *obsidem* sua voluntate tradiderat, donec legati ab Atheniensibus reuerterentur. Impetrauit enim a suis, ut legatos in vincula conicerent, &, dum ipse dimissus esset, retinerent. Hac arte effectum iri sperabat, ut eluderentur Lacedæmonii, illisque *pignus fidei*, quod ipsis in se obtulerat, eriperetur. Eodem consilio etiam *Veneti n)* aliquando vsi sunt, qui *SILIVM* atque *VELANIVM*, tribunos militum, commeatus petendi causa a P. Crasso missos, retinuerunt, quod, per eos, se suos obsides, quos P. Crasso dedissent, *recuperaturos* existimabant. Recte *Cæsar* iustam belli causam ratus est, admissum a Veneris facinus, quo legati, quod nomen apud omnes nationes sanctum, & inuiolatum semper fuit, *retenti*, & in vincula coniecti. *o)* Enimvero, hoc est fidem fallere, diuina & humana omnia eludere, atque turpi fraude contaminare, si obsides, *sanciendæ fidei* causa accipiendi, per insidias, & calliditatem, citra iustam causam, a gente quadam capiantur, ut suos obsides recipiat, qui aduersariis ex pacto, & fœdere debentur.

Ob *damna* igitur duntaxat, & ob *iniuriam* acceptam capiuntur obsides, & retinentur. Sed non attinet monere, *liquidum* desiderari *debitum*, quod *Icti* aiunt: hoc est, debere esse *expeditum*, quod pars aduersa, quam captis obsidibus coercemus, iure gentium nobis obstricta sit, ad damni dati reparationem. Enimvero si incerta sint omnia, & perplexa, atque impedita, quis gentem genti vim facere, innocentes rapere, nihil tale meritos plectere, omnino patiatur? quis finis erit controuersiarum, & dissensionum, si ob suspiciones tenuissimas, & repentinas, exteri confestim in periculum & discrimen adducantur. *Ius Quiritium*, cuius auctoritas quamuis gentes liberas non teneat, tamen, quoties æquitatis naturalis rationem sequitur, etiam in publicis causis in argumentum trahi potest, ne priuatis quidem permittit, ut propter debitum incertum *iure retentionis* illiquido utantur. *NE-RATIVS* enim & *ARISTO* apud *POMPONIUM*, l. 5. pr. D. de *statu liber.* de eo, quod *obscurius* fuerit, possessori retentionem non concedunt: ne multis libertas extorqueatur *incerta causa rationis*. Quis igitur in *gentibus* hoc probet, quarum exemplo etiam priuati excitari debent, ad æquitatis habendam rationem, & officia colenda. Igitur ne in hanc reprehensionem incurrant illi, qui iure pignora & obsides capiendi utuntur; receptum est, hoc denun-

m) *NEPOS* in vita Themist. c. 7.
ibid. c. 9.

n) *CÆS.* bell. Gall. L. 3. c. 8.

o) Idem

denunciare parti aduersæ, vt admoneatur, nisi damnum dissolutum, & compensatum fuerit, *obsides* captum, aut retentum iri, & locum repressaliis futurum. Illud certe a *Friderico I.* factum esse, priusquam aduersus Gallos hoc iure vteretur, Illustris LEYSERVS *p)* ex GOLDASTO annotauit.

Neque tamen existimes, *necessitatem* gentibus impositam, vt prius denuncient, quam vtantur iure repressaliarum. Sæpe opportunitatibus vtendum, quas quis deinde frustra expectauerit, si semel elapsa sit occasio rei feliciter administrandæ. Igitur si res moram non omnino patiatur, & dubitatione careat, nobis iniuriam ob aduersariis illatam; satis est, deinceps exponere, quo iure obsides retineantur. Certe *Rufforum imperatrix*, ipsa etiam a Gallis, *citra indictionem belli*, armis infestis impetita, non habuit, cur verborum honore vteretur, & conquereretur antea cum Gallis de causa, ob quam cohortibus ipsorum, quæ in potestatem eius peruenerant, manum iniecerit, illasque iure gentium & belli retinendos existimarit. Sufficit, hæc postea exposita fuisse.

Ceterum, vt media inprimis noxia & cum incommodo coniuncta, intra fines suos diligentius coerceantur; non videtur facultas capiendi & retinendi obsides, iure gentium concessa in infinitum; sed donec de damno satisfiat. *Rex Daniæ* laudatur, quod retentas Batauorum naues, numeratis triginta millibus, qua summa iniuriam legato illatam æstimauerat, vinculo pignoris exsoluit, & iure gentium intactas atque liberas dimisit. *q)* *Fridericus II.* etiam non passus est, vt sui, ultra centum uncias auri, Anconitanis iure repressaliarum extorquerent. *r)* Neque tamen quis commode ad digitum dinumerabit, quousque duret retentio, & quando damnum omnino dissolutum esse videatur. Enimuero propter exemplum interest, vt interdum etiam plusculum reperas, quam alterius iniuria extorserit: certe & expensarum habendam esse rationem, & alimentorum, & quæ in ipsos obsides, dum detinerentur, collata sunt, nemo dubitat; cum recte, etiam a priuatis, *sumtus* a creditore *ad seruandum pignus* facti, actione pigneratitia contraria, suadente & ciuili iure, & naturali ratione, repetantur. POM-PONIUS enim l. 8. D. de *pigner. act.* ob necessarias impensas creditoribus concedit *pignoris retentionem*.

§. VIII.

Igitur *obsides* inuiti hoc consilio in primis capiuntur, vt gentes suorum caritate, atque recordatione, in officio contineantur. Quod vt impetretur, inualuit, *nobilissimos* plerosque *ciuitatum* accipi, quorum custodia illorum obligetur fides, a quibus respublica administratur. Galli apud *Cæsarem* *s)* con-

*Numerus
conditio &
status obsi-
dum inuico-
rum.*

C 3

que

p) LEYS. l. c. p. 308.

q) WICQUEFORT. l. c.

r) GOLDAST. const.

Imper. T. II. p. 61. n. 33. inter const. Frid. II.

s) CÆS. bell. Gall. I. 31.

que se calamitatem accepisse, omnem senatum, omnem nobilitatem, omnem equitatum amisisse. *Carthaginenses* etiam obsides dederant *principum liberos*, qui cum magna vi feruorum, quos in comitatu habebant, aliquando *Seris* alleruabantur. 1) Nabidi quoque 2) imperatum, ut *filium* suum Romanis traderet, pignus fidei, & induciarum. Germanorum olim ciuitates, quibus, inter *obsides*, *puellae* quoque *nobiles* imperatae erant, efficacius obligabantur, 3) cum captiuitatem, *foeminarum* suarum nomine, longe impatientius timerent. Pro *Francisco* I. eius filii *obsides* oblatis, donec pretium redemptionis solueretur. Sed hac deliberatione opus est, cum obsides ex *foedere* & pacto impetrantur. At uero, cum inuiti *capiuntur*, aut etiam retinentur, qui in nostra potestate sunt, fortunae beneficio utendum est, & quos illa obtulerit, accipiendi. Neque tamen a iure gentium alienum est, bellorum inprimis *duces* retineri, si fors dederit illorum facultatem. Superiori tempore *BOVFLEVRIVS* Namurci captus, donec milites praesidarii *Dixmudae* capti redderentur, in custodia retentus. Quod cum accideret, per ostentationem Gallicam, famosum illud: *Je ferai trembler le monde*, pronunciasse dicitur. Aliquando eodem iure *retentionis* vsi sint principes, si *toti exercitus*, & cohortes, in ipsorum potestatem peruenirent: inprimis ut, quidquid dignitati hominum decederet, numero compensaretur. *Clytus* Praetor *Acarnanum* 4) id agebat, ut *quingenti milites*, qui in praesidiis positi erant, pro *obsidibus futuri*, in *Antiochi*, regis, venirent potestatem. Si nostrorum temporum mores desideras, *Albertus Marchio*, capta *Bamberga*, teste *HORTLEDERO* 5) *Senatores*, atque ciues octoginta cepit, & pro obsidibus retinuit. Adeo numerus non definitus naturali ratione. Tantum abest, ut *Russorum imperatrix* accusari, aut, praeter exemplum gentium, aliquid molita videri possit, quod, cum alii obsides non suppeterent, Gallorum subsidiarias cohortes retinendas censuit, donec naues redderentur. Apud *Gracos* tamen lege constitutum est, ut, si caedes facta esset, atque reus non confestim dederetur, agnati & gentiles, ad quos funeris procuratio, & officium caedis vindicandae, pertinebat, *obsides*, non ultra tres, ab illis, qui denegauerint deditionem, caperent, κατ' ἀνδραποψίαν: quod *G. Buddaeus* ex *Demosthene* & *Polluce* comprobauit. 6)

Quia igitur, utcumque fortuna tulerit, *obsides inuiti* capiuntur: humanae conditionis misratio postulat, ut custodiantur quidem diligenter, sed, pro sua quilibet conditione, humaniter accipiantur, & tractentur liberaliter, nihil, praeter necessitatem, in illos committatur, qui nulla sua culpa, propter patriae offensionem, in manibus hostium versantur. Si ius impetrari non

1) LIV. L. 32. c. 26.

2) Id. L. 34. c. 35.

3) TACIT. mor. Germ. c. 8.

4) LIV. L. 36. c. 11.

5) HORTLED. de bell. Germ. L. V. c. 5. p. 161.

6) B V-

DÆVS ad pandect. L. 16. §. 8. de poen. p. 345.

non possit, cuius causa obsides capti & retenti sunt, aliquando durius cum ipsis agitur, ut commodius ad finem propositum perueniatur. *Fridericus I.* cum a Mediolanensibus fides, cuius faciendae causa obsides dati erant, violata esset, illos turri lignae, quam urbis *Cremæ* muris admouere volebat, aligauit, ut ne Cremenenses resistere, neque turrim e longinquo lapidibus & machinis petere auderent, sed, caritate liberorum & obsidum, quos, si quid molirentur, ab ipsis parentibus vulnerandos & conterendos esse intelligebant, turrim admittere omnino cogerentur. *b)* Multi quidem ICtorum generatim, *obsides*, *seruorum* loco habuerunt: quos *Marcianus* videtur adiuuare, qui l. 31. & 32. D. de iure fisci, *obsidum bona, sicut captiuorum*, in fiscum cogenda esse, ait, nisi, accepto togæ usu, ut ciues Romani semper egerint. Enimuero hoc exercuit ICtos. GREGORIUS LOPEZIVS MADERA *c)* & PAGANINVS GAUDENTIVS *d)* in diuersa abierunt. Ausim affirmare, MARCIANVM non de obsidibus, quos Romani aliis dederint, sed de illis quos ab hostibus acceperint, & qui Romæ versarentur, tractauisse. Enimuero, & usus togæ concessus, cuius *Marcianus* mentionem iniicit, de peregrinis agi docet: & constat præterea, obsides ciues Romanos, nullo iure alio, quam *pignoris*, fuisse obligatos. Sed homines liberos, qui pignoris vinculo detinebantur, VLPIANVS l. 20. §. I. D. qui test. fac. poss. atque GORDIANVS l. 2. C. de postlim. reu. non omnino seruos esse, tradunt. Ex quo apparet, in l. 31. & 32. D. de iure fisci, *obsides* peregrinos, ab hostibus populi Romani datos, tantum quoad testamenti factionem, *captiuis* comparari, quia haec, iure Romano, nec *seruis*, neque *peregrinis* competebat. Ceterum non videntur obsides seruorum numero fuisse; quamuis interdum priuatis custodiendi traderentur, *e)* & cum captiuis ante currum ducerentur in triumpho. *f)* Quidquid illorum fuerit; hodie quidem, sublata seruitute, parum videtur inter obsides & captiuos interesse. Illud expeditum est, qui capti sunt *inuiti*, eos captiuorum numero haberi, certe prohiberi usu libertatis. Sed ne in captiuos quidem aliquid durius, præter necessitatem, consulitur. Testamenti factionem quilibet, ut visum est, obsidibus negat, aut concedit. Naturalis enim ratio, cui liberae gentes obsequuntur, ignorat testamenta. Quid enim hoc iuris est, quod tibi demum, postquam fato concesseris, & post mortem aliquando, utile esse possit: & quid refert, ad quem bona tua post mortem deferantur. Priuato iure Principes hoc suis ciuibus liberaliter concedunt, ut ipsi possint heredem nuncupare. Quod videtur introductum, ut ciues discant, bonis suis parcere, & furorem prodigorum, ob *heredum caritatem*, ad quos sciant bona esse peruen-

b) RADEVICVS de reb. gest. Friderici I. l. 2. c. 47.
ciu. c. 18. in Otton. thes. T. 3. p. 471.
c. 32. loc. cit. p. 370.

e) LIV. l. 32. c. 26.

c) LOPEZ animadu. iuris

d) GAUDENT. iurid. exposit. l. 2.

f) Id. l. 34. c. 52.

uentura, euitare. Igitur penes victorem est, vtrum velit, obsides captiuos vti testamenti factione.

Sed, an *fugere* illis liceat, qui *capti*, aut *retenti* sunt, ambigitur: cum, docente AFRICANO, l. 60. D. de *furt. furtum sui* faciat, qui fugit ex aliena, in qua constitutus fuit, potestate. GROTIUS etiam resistit g) qui ne captiuis quidem fugæ dedit facultatem. Certe, patriæ suæ non multum proderunt, qui fugiant: cum illa, etiam obsidibus elapsis, ad ius reddendum teneatur: & præterea fuga suâ efficient, vt alii conditione duriori imposterum detineantur, si cæperit fides obsidum suspecta esse. Sed, si illi, qui capti sunt, fidem victoribus dederunt, interposita conuentione; nemo dubitat, quin, iure gentium, elabi & fugere prohibeantur.

Certe victor in elapsos, si eos comprehenderit, & in resistentes, atque obluſtantes, iure belli, atque interneſionis etiam, vti non prohibebitur. Romani, obsides Tarentinos, ex liberratis atrio, in quo negligentius custoditi erant, clanculum elapsos, retraxerunt omnes, & deductos in comitium, virisque, approbante populo, cæſos, de faxo deiecerunt. h)

Inuictissima Russorum imperatrix quidem Gallorum subsidiarias cohortes tanta magnitudine animi accepit, tam liberaliter tractatos dimisit; vt gratulemur orbi terrarum virtutem maximi exempli, quod gentibus etiam in posterum prodesse posse videatur.

XXI.

D I S S E R T A T I O

D E

PRAESUMPTIONE AEQUALITATIS
IN IUDICIIS DIVISORIIS
ET ACTIONE NEGATORIA.

AD L. 7. DE FIN. REGVND.

VITEMBERGAE, AD D. MAI. A. Q. S. P. E. MDCCXXXV.

§. I.

*Occasio insti-
tuti.*

Bis haud ita pridem, ad ICtorum in hac Academia ordinem allatae sunt lites, quæ non sub alia formula, quam *ex præſumptione æqualitatis* na.

g) GROTI. iur. bell. & pac. L. 3. c. 7. §. 6. & c. 14. §. 7.

h) LIV. L. 25. c. 7.

naturalis, quæ inter ciues, etiam ratione patrimonii & obligationum, locum habet, iudicandæ videbantur. *Senatus Prettinensis*, Ao. cldcccxxxi. mense Decembri, de *iurgio finali*, quo ciues quidam inter sese contendeant, consulebat. Actor, ut sit, multum sibi de *modo agri* sui decessisse, querebatur: rem omnem perturbatam esse: videri *adfinem*, id est, *Festo* interprete, ^{a)} reum, qui proxime ab illa *agros* possidebat, terminos mouisse: ideoque arbitros, qui de finibus regundis cognoscerent, poscebat. Multa utrinque afferebantur, quæ ancipitem iudicis, inter partes, animum tenebant. Agri tandem oculis subiecti. Apparebat, haud paullo maiorem esse modum agri, quem reus possidebat. Sed tunc quidem, auctore *M. ODESTINO* l. 7. D. *fin. reg.* contra illum, qui *maiorē partem* in territorio habebat, iudicatum est: cum, nisi aliud appareat, *æquo iure agri confines* diuidi & æstimari crederentur. Iam tum res illa animum aduertit. Sed nuperrime res magis in controuersiam adduci visa est, cum species non multum absimilis proponeretur. Disceptabant inter se rustici, quantum quisque operarum & pecuniæ conferret, si quid ab vniuersitate omnium exigere-
 tur. Rei, se, a multis abhinc annis, *dimidio minus*, quam reliqui soluerent, aiebant contulisse. Actores negabant, illud *iure* factum esse. Nihil magis esse conueniens naturæ, quam *æquabilem* sumtum & onerum *descriptionem*; ius *ισονομίας*, teste *M. TULLIO*, ^{b)} *æquabilem* *tributionem*, ut omnia omnibus, *paria paribus* respondeant, desiderare. Dubitabatur, quæ formula dari deberet actoribus, qui aiebant, sibi *ius* esse, cogendi, reos ad *æquabilem* collationem. Onus enim probationis uterque declinabat. Sed, actores *negatoria* experiri posse, placuit; cum, nisi aliud actum esset, illud haberet rationem, uti commoda & fructus ita etiam onera, inter ciues *æqualiter* communicari. Digna res visa est, quæ commentatione luculenta tractaretur. Age ergo, videamus.

§. II.

Sed naturali quidem *iure*, omnes omnino homines inter se *æquales* *Inæqualitas* esse, *VLPIANVS* l. 32. D. de *reg. iur.* tradit. Neque quisquam facile du-
 bitet, qui hominum iura & ordines & gradus, in quibus quilibet constitu-
 tus sit, ex ipsius *Dei* consilio, eiusque in homines amore, metiatur. Quis *an ciuili iu-*
 enim non videt, *illum*, qui omnes homines, quod *FLORENTINVS* ait, *re introdu-*
 l. 3. D. de *iustit.* & *iure*, cognatione quadam inter se coniunxit, omnes *Et?*
 eadem corporis machina, eadem pedum & manuum virtute instruxit, om-
 nes eodem fere spiritu, eadem mente animauit, aut, si quid cuiquam vlla
 in parte deesse videatur, illud aliis commoditatibus pensauit, atque alia in
 parte largissime restituit, qui omnibus eundem solem, eundem terrarum
 orbem

^{a)} *FESTVS* in voce: adfines.

^{b)} *CIC.* L. I. de nat. deor. T. 4. p. 281.

orbem aperuit, eandem auram omnibus, eosdem arborum fructus, eundem foli & agrorum usum commodauit, omnia ad varias utilitates comparauit, nihil seiunxit, neminem exclusit, omnia cum omnibus communicauit, *illum*, inquam, *eodem* omnes studio complexum, amores suos *aequaliter* inter omnes diuississe, neminem inanem, neminem ieiunum, neminem beneficiis vacuum, neminem expertem dimississe. Igitur homines *aequali iure* inter se vtuntur.

Recte enim MARCVS TVLLIVS c) fraternam *aequabilitatem*, concordiam, consensum conspirantem & paene conflatum, in illis desiderat, qui se necessitudine mutua, & cognatione, quam natura inter omnes constituit, attingunt. Recte idem alio loco d) *iustitiae* laudem, ait, in primis fide & *aequabilitate* contineri.

Sed haud paullo aliter in *ciuitatibus*, quas tamen idem ille TVLLIVS e) *iustitiae* fruendae causa constitutas esse ait, iura singulorum videmus aestimari. In illis enim cuius suis in republica locus assignatus, suis cuique gradus attributus, singuli fere in sua quisque statione collocati, discrimen aliquod inter homines, & varia illorum genera accepta sunt: &, teste VLPIANO, l. 9. §. 11. D. de *poenis*, propter hominum inaequalitatem, ne omnes *eadem* poena affici possint, receptum est: quandoquidem, si CLAVDIUM SATVRNINVM l. 16. §. 3. D. de *poenis*, & MACRYM l. 10. pr. eod. audiamus, ex iisdem facinoribus aliter serui, quam liberi, aliter decuriones, quam plebei & humiles & sordidae conditionis personae, puniuntur.

Certe POMPONIUS & PROCVLVS l. 6. & l. 80. D. *pro socio*, ne *socios* quidem, quamuis fratrum iure censeantur, praedam semper *aequis partibus* diuidere debere docet, in primis, si alter plus operae, industriae, gratiae, pecuniae contulisse videatur: constituendos esse quosdam gradus, suum cuique, sed ut res tulerit, non quidem ex aequo, sed alii aliud subinde tribuendum. Qua re naturalis aequalitas in ciuitate videtur perturbata.

Illud ius inaequale videtur SENECAE f) stomachum mouisse, qui quid sit eques Romanus, quaerit, aut, quid libertinus, aut, quid seruus, quam nomina ex ambitione & *iniuria*, enata. Neque TVLLIO illa inaequalitas placuit g) qui etiam latrones dicit iustitia exactiori negotia administrare, illumque, qui archipirata dicitur, nisi *aequaliter* praedam disperiat, aut interfici ait a sociis, aut certe destitui, &, facta discessione, nudum & solum in periculo relinqui.

Ar

c) c. r. c. in orat. pro Ligar. circa fin. p. m. 812.
p. m. 250. e) c. r. c. II. de offic. c. 12.
off. c. 11.

d) Id. l. 2. de orat. oper. T. r.
f) SEN. ep. 32. g) c. r. c. II.

At enim vero, tantum abest, vt haec instituta ciuitatum a naturali ratione discedant, vt potius ipsius Dei consilium *discrimen* inter homines admit-
tat, ingenuos & frugi, a nefariis & improbis segreget, & non patiat, ut
eodem modulo omnino omnes metiamur. Quæ enim supra de *absoluta*
illa *æqualitate*, quam philosophi *arithmetica* appellant, & cuius in iusti-
tia *commutatiua* habendam esse rationem dicunt, disputata sunt, ad illos
pertinet, qui in eadem, in qua natura nos edidit, integritate perstiterunt,
nullo *suo facto* rationes suas perturbarunt, nihil de viribus suis deminue-
runt, nulla sui parte, nulla sua culpa debilitati sunt, nunquam penitus sub-
lapsi, omnes boni, omnes innocentes. Inter hos enim, certum est, nihil
interesse, nihil discriminis intercedere, eodem omnes loco esse, omnes iis-
dem commoditatibus perfrui, iisdem beneficiis ornari. Qua re veteres op-
time, *amorem antecedentem* Dei, quo omnes prouocat, & priusquam de
rebus suis ipsi constituunt, & viam, in quam ingrediantur, eligunt, om-
nes homines amplectitur, *æqualem* esse, eiusque rei fructus cum omnibus
communicari, docuerunt.

Sed alia ratio ineunda est, postquam homines de statione prima disces-
serunt, atque ipsi sponte in partes diuersas abierunt. Quando quidem enim
alii studio & industria alios superant, alii in stadio decurrunt, alii desides
& lenti pedem omnino proferre non audent: alii hærent in sordibus, alii
labem contractam virtute eluunt: alii propius ad finem propositum accedunt,
alii longius ab illo absunt: alii officio satisfaciunt, alii illud deferunt, aut
non attingunt, resque varie, & consiliis inter se aduersis, a plurimis admi-
nistratur; apparet quod præcipiente etiam naturali ratione, & si ex amo-
re Dei quem *consequentem* appellant, res æstimeretur, necessarii sint homi-
num & officiorum quidam gradus & ordines, in quibus alia aliis conueniant
& moderante iustitia ius cuique suum inæqualiter, attribuat.

In tanta igitur rerum conuersione, quæ subsecuta est, inque tanta ho-
minum & virium dissimilitudine & discrepantia, boni viri officio conuenit,
ius cuique suum, ex *suis viribus*, & conditione reddere: vt qui multis re-
bus careant, illis ex sua *indigentia* ius quoddam tribuatur; exigendi ista a
sociis, quorum illi copia abundant, sed his plura *officia* imponantur, quo-
rum copiae & facultates ampliores sunt, vt ad subleuandam aliorum inopi-
am, & communes necessitates procurandas, suffecturæ videantur. Hoc est
genus illud *iustitiæ*, cui veteres *distributiue* nomen accommodandum esse cen-
suerunt. Hæc est illa *ισονομία*, & *æquabilis tributio*, quam in Diis im-
mortalibus CICERO ^{b)} laudauit, in qua omnia omnibus, *paria paribus*,
respondent. Hæc est illa *æqualitas*, quam *geometricam* dici, a philosophis
& mentoribus discimus. Hæc est illa *utilitas*, ob quam VLPIANVS l. 5.

b) CIC. de nat. Deor. I. p. 281.

§. 2. D. *de poenis*, & CLAUDIUS SATURNINUS, itemque MACER, quos supra excitauimus, l. 10. & 16. D. *eod.* præceperunt, modo *poenam iustam* eligendam, modo *temperamentum* esse admittendum, & ob quam etiam POMPONIVS, & PROCVLVS l. 6. & 80. D. *pro socio*, ne sociis quidem æquas semper partes tribuendas esse existimarunt.

In qua re nemo credat, illos peccauisse, qui iura ciuitatibus constituerant. Enimuero, cum etiam inter bonos & æquales aliquando necessitas desideret, vt fiant quidam inter illos gradus, vt alter alteri subinde cedat, vt officia inter plures diuidantur, vt res ordine administretur, vt nihil temere & inconsulto, & quasi in turba & tumultu, facile suscipiatur; certe multo magis, in tanta hominum inter se diuersorum multitudine, res ipsa postulauit, vt de aliis aliter decerneretur. Quærendi sunt molles aditus, quibus facillime in cuiusque animum perueniatur: cuius morbo alia subinde medicina adhibenda, quæ morbum alium non iuuat: omnia remedia vim suam perdunt, nisi quæ ad rationem personæ, & loci, & temporis, & ad illa, quæ circumstant, aliquantulum accommodentur.

Igitur nemo videtur bene rempublicam ordinauisse, nisi qui in omnibus negotiis habuerit *iustitiæ distributiue* rationem. Mihi certe nunquam persuaderi potuit, *commutatiuam* illam, quam dicunt, & συναισθητικὴν, seu *absolutam*, & *arithmeticam* æqualitatem in *contractibus* desiderari. Quis enim credat, quantum ad patrimonia attinet, vires ciuium inter se *æquales* esse, & quemlibet alteri ad tantundem aut reddendum, aut omnino promittendum, naturali ratione obstringi, quantum ipsi ab alio datum est, aut etiam promissum. Ipse MARCVS TULLIVS ⁱ⁾ auctor est, non fuisse in ciuitate Romana duo millia hominum, qui *rem haberent*, plerosque pauperes, proletarios, enerues, rerum omnium egentes. Imo vero, quamuis æquitatem mirifice commender, non tamen *æquari* bona ciuium patitur, sed damnat perniciosam & capitalem Philippi, quam in tribunatu, ob legem agrariam habuit, orationem, quæ ad *æquationem bonorum* pertinere videretur; & negat, æquatione bonorum maiorum pestem cogitari posse. ^{k)} Itaque intelligitur, in nulla re magis ciuem ciue superiorem esse, quam si patrimonia illorum inter sese comparentur. Quæ cum certa sint & expedita, non video, cur *naturali ratione*, in contractibus, quibus vtrunque aliquid promittitur, tantundem ab altero contrahentium paupere, quantum a diuite ex aduersa parte, exigatur, aut cur in his negotiis præstationes *arithmetice æquales*, ex vtraque parte, & officia *quorsus paria*, si non ita conuenerit, desiderentur. Sed de his deinceps locus erit exponendi.

§. III.

ⁱ⁾ CIC. off. II. 21. 22. 23. f. & 24.

^{k)} Idem loc. cit.

§. III.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, *natura* homines *æquales* esse; *In dubio æ-*
sed plerosque facto suo, aut culpa, aut virtute, virium deminutionem pas- *qualitas*
fos, aut illarum cepisse incrementa: vt alter altero superior subinde videa- *præsumitur*
tur. Verum enim vero, cum illa virium mutatio, & æqualitatis naturalis *et ipsa æqui-*
perturbatio, ab ipsis fere hominibus pendeat, adeoque facti sit, quod ICti *tas æquali-*
aiunt; docet natura, illam inæqualitatem non præsumi, sed docente PAVL- *tatem notat.*
LO atque *CELSO*, l. 5. & l. 11. D. de *probat.* ab allegante probandam ef-
 se: contra, vbi res dubia fuerit, omnes viribus *æquales*, omnes omnino
pares cenferi, nisi aliter conuenerit, aut lex mutauerit naturalem hominum
 æqualitatem. Recte igitur *MARCUS TULLIVS* l) tres veluti ordines fa-
 cit iurium, quos sequi in iudicando debeamus: *pactum*, quod inter aliquos
 conuenit, *iudicatum*, de quo iam antea sententia alicuius constitutum est:
 quem in ordinem etiam *legem* referendam esse intelligitur: & denique illud
par, quod in omnes *æquabile* esse videatur. Igitur, si nec *pacto* res defi-
 nita fuerit, nec *lege*, aut *iudicato* constituta, *æqualitatis* habemus inter
 ciues rationem. Hinc generatim *VLPIANVS* l. 164. §. 1. D. de V. S. in
partitionibus, inquit, nisi portio adiecta fuerit, vtrisque *pars dimidia* debetur.
 Igitur *L. FLACCVS* laudatur apud *CICERONEM*, ob *æquabilem* sumtum
 descriptionem. m) Hinc pænæ genus videbatur, si nationibus exteris fœdus
 quidem concessum, sed non vt *æquo iure*, sed, vt in ditione populi Roma-
 ni tenerentur. n) Haec est illa *æquitatis* ratio, cuius artem esse iurispru-
 dentiam *VLPIANVS* l. 1. pr. D. de *iust. & iure*, docet, ad quam om-
 nia redigenda esse, *PAVLLVS* l. 24. §. 1. D. de *min.* & l. 90. D. de reg.
 iur. & *CAESARES* l. 8. C. de *iudic.* præceperunt. Hæc est illa *humani-*
tas, qua docente *IULIANO*, l. 13. pr. D. de *lib. & posth.* subtilem re-
 gulam iuris temperamus. Hæc *summa* illa *ratio*, & ipsa bona fides, fides,
 inquam, naturali iustitia firmata, quam *PAPINIANVS* l. 43. D. de *relig. stri-*
ctæ rationi, & *VLPIANVS* l. 29. §. 4. D. *mandati*, iuris ciuilibus
 opponunt, & ob quam ignoscendum esse, *MODESTINVS* l. 13. §. 7. D.
 de *excus.* existimauit. Quod argumentum *MARQVARDVS FREHERVS* o)
 copiosius tractauit.

Neque enim dubito, quin ipsa *æquitas*, quam *ICti* mirifice commen-
 dant, *æqualitatis* in primis rationem comprehendat. Certe non facile vete-
 res, in definienda *æquitatē*, *æqualitatis* mentionem omiserunt. *VLPIA-*
NVS certe l. 63. §. 5. D. *pro socio*, illam sententiam habere *æquitatem* ait,
 quæ efficiat, vt sociorum portiones *exæquentur*: Et *MODESTINVS* l. 20.
 D. de *re iudic.* quod *æqua lance* in persona omnium feruetur, *æquitatis*

D 3

docet

l) *CIC.* de inuent. II. p. m. 127.m) Id. pro *L. Flacco* p. m. 504.n) *LIV.*

L. 9. C. 20.

o) *MARQ FREH.* de æquitatē apud *Ottonem*, in thes. T. IV. p. 370.

docet rationi conuenire. Imperator LEO, l. 17. C. de *collat. de studio æquitatis* gloriatur, quod ipsi suggesserit, vt *æqua lance, parique modo*, singulis prospiciatur, & inter coheredes æqualitas seruetur, in collatione. Generaliter etiam DIOCLETIANVS, cum collega, l. 3. C. *Commun. vtr. iudic.* si quid in *diuisionibus* & *bonæ fidei* iudiciis, *inæqualiter* factum esse constiterit, illud in melius reformandum esse, docet, cum ex hac causa etiam maioribus, per diuisionem læsis, merito subueniatur. Igitur *bona fides*, & æquitas, quam iuri stricto veteres opponunt, non patitur, vt, nisi ita conuenerit, partes *inæquales* facile constituentur: quod adduxit VLPIANVM, vt l. 6. §. 2. D. *De iure dotium*, bono & æquo non credat conuenire, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire ex alterius lucro; sed parem omnium habendam esse rationem. Qua de causa idem alio loco, l. 55. D. *pro socio*, æquum esse ait, socium, cum quo lucrum communicatum est, damnum etiam participare. Huc etiam pertinet illud PAVLLI, qui l. 2. §. 5. D. *de aqu. & aqu. plu. æquitatem*, ait, suggerere, vt etsi iure destituamur, vicinus aggerem, qui mihi prodesse possit, ipsi nihil noceaturus sit, fieri a me patiatur: & in hac specie vtili actioni, atque interdicto locum esse. Ex eodem fonte deducitur, quod, si FLORENTINO l. 3. de *iustit. & iure*. credimus, hoc ius omnibus h. minibus inter se *commune* est, vt vim & iniuriam propulsare liceat, & quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse videatur, & nefas sit, hominem homini insidiari: cum omnes fere æquo iure, & cognatione quadam, inter sese coniungantur.

Vt rem paucis comprehendam, quod alii *æquum* dicunt, alii, vsu promiscuo, *æquale* & *æquabile* subinde appellarunt: certe æquitatem omnes ad æqualitatem partium in primis retulerunt. LIVIVS fœdus non æquo iure factum esse ait, in quo inæquales conditiones fœderis admitterentur. p) Hinc æquo & pari iure viuunt illi, teste TVLLIO q) inter quos omnia communicantur. Prætor etiam dicitur, dum *æquitati* locum facit, *æquabilitate* discernendi, offensionem ciuium vitare: r) & fratres, qui nihil inter se discriminis admittunt, *æqualitate* fraterna videntur inter se coniuncti: s) vt dubitari non possit, *æquitatis* laudem in primis ex *æquabili partitione* æstimari.

§. IV.

*Præsumtio
æqualitatis
in communi
diuidendo.*

Satis, credo, comprobatum est, in re dubia, *æquas* partes constitui inter illos, qui de *diuisionibus* in primis in iudicio experiuntur. Eamus per exempla, & primo quidem, quam rationem prætor in *communi diuidendo* securus sit, excutiamus. Sed in hoc iudicio, quod inter condominos exercetur,

p) LIV. IX. 20.

q) CIC. I. off. 34.

r) Id. pro Muræna p. 483.

s) CIC. pro Ligari. p. §12.

cetur, tanto minus dubitationi locus relinquitur, quanto magis illud, docente PAVLLO, l. 14. §. 1. D. *commun. diu. æquitate & bona fide* regitur, quæ, secundum DIOCLETIANVM l. 3. C. *commun. utr. iud.* non admittit, ut quidquam *inaequaliter* constituatur. Ideo & GAIUS & VLPIANVS, l. 2. §. 1. & l. 3. §. 1. D. *commun. diuid.* nisi partes inter se pepigerint, *parrem causam* omnium videri, responderunt.

Illud a GAIO & PAVLLO, l. 13. & 29. D. *de iudic.* obseruatum est, ut quilibet *actor* esse possit, & si alter occupasset, is, qui prior prouocauerit, aut, in re dubia, quem fors elegerit, actoris partibus defungi iubeatur: quia *æquo iure* diuisionem videntur postulare. Sed, ut illi, qui in communionem inciderunt, cogitent, nihil cuiquam temere permitti, quod ipse sibi fieri ab altero noluerit; DIOCLETIANVS, l. 4. C. f. *commun. diu. doli & culpæ utrinque* vult haberi rationem; cum *bonæ fidei* iudicia postulent, ut in omnibus *æqualitas* seruetur.

Res videri posset expedita, nisi SABINVS & PAPINIANVS l. 28. D. *commun. diu.* turbas darent, & interdum alterum alteri præferrent. A-iunt enim, in re *pari*, *potiorem* esse causam prohibentis: ideoque neminem quidquam in re communi recte facere, socio inuito; & si ille prohibere prætermiserit, per communi diuidendo actionem, damnum socio sarciri. Idem & GAIO l. 8. de *seru. P. V.* & PAVLLO l. 20. D. *eod.* placuit; ut ne tignum quidem immittere liceat in parietem communem, aut, si immis- sum fuerit, de damno cognoscatur. Sed tantum abest, ut hoc æqualitati videatur aduersari, ut potius ipsum *ius æqualitatis* pariat *ius prohibendi*, ne quis aliquid sibi in re communi licere existimet, quod alteri non sit permis- sum: aut, ne quis solus de rebus illis constituat, quas, fas erat, communi consensu a sociis administrari.

Igitur, dum re communi *utimur*, par vtriusque causa est: imo, si quid noui fiat, præter ordinem, & consilium commune, *potior* plerum- que causa prohibentis. In primis vero, cum post immensas contentiones, quod PAVLLVS l. 26. D. *de S. P. V.* ait, ad *diuisionem* prouocatur, *par- tes æquas* fieri debere, visum est, ut solet in iudiciis, quæ *bona fide* in pri- mis continentur. M. TVLLIVS certe, quod supra obseruatum est, 1) la- trones etiam, ait, archipiratam damnare, & occidere, aut deferere, nisi *æquabiliter* prædam dispertiat: ut intelligatur, ne illos quidem, qui malefi- cio & scelere pascantur, sine vlla particula iustitiæ viuere, aut commune negotium temere administrare. DIOCLETIANVS vero l. 3. C. *comm. utr. iud.* etiam maiores viginti quinque annis, in integrum restituit, si quid, ex- tra iudicium, *inaequaliter* fuerit diuisum. Exercuit interpretes, quid *inae- qualiter diuisum* videatur; ne ob minima subinde locus sit rescissionis. For-

1) CIC. II. off. II.

te res egeret disputatione, nisi ANTONINVS l. 1. C. *comm. utr. diu.* præriperet, diuisionem prædiorum *vicem emtionis* obtinere. Sed PRO-CLETIANVS l. 2. C. *de resc. vend.* illud demum pretium in *emtionibus* iusto minus esse ait, si ne *dimidia* quidem pars veri pretii soluaatur. Igitur non dubito, diuisionem illam demum, in qua quis ultra dimidium lædatur, inæqualem videri, & locum facere rescissioni.

Placet igitur, *æquales* partes fieri in *communi diuidundo*; modo ne ipsa æqualitas interdum damnum afferat vtrisque, qui inter se experiuntur. Illam maculam gloriæ populi Romani Q. FABIVS LABEO ^{u)} inussit, qui, cum a rege Antiocho, ex fœdere icto, *dimidiam* partem nauium accipere deberet, omnes *medias* secuit, *elusoria æqualitate*, vt tota classe Antiochum priuaret. Quam contumeliam vt euitaret prætor, iudicem, docente VLPIANO, l. 21. D. *commun. diu.* in diuisione prædiorum, id, quod *omnibus* utilissimum est, seu, quod malint litigantes, sequi iuber: ALEXANDER etiam l. 3. C. *comm. diu.* si res commode diuidi non possit, facta æstimatione *iusta*, *adiudicationem* admittit: vt pretium inter socios compensetur, isque, qui partem maioris pretii acceperit, reliquis pecunia condemnatur, aut, si malint socii, extraneo etiam subinde facultas fiat licitandi.

Nescio, an illud adiiciendum sit, quod PAVLLVS l. 29. D. de A. R. D. monuit, insulam in flumine enatam, & inter illos, qui secundum ripam prædia habent, non pro *indiuiso* communem fieri, sed regionibus diuisis, vt, quantum ante cuiusque ripam est, tantum, veluti linea in directum per insulam traducta, quisque eorum certis regionibus adquirat.

Illud meretur obseruari, quod VLPIANVS l. 7. §. 12. D. *solut. matrim.* & CALLISTRATVS l. 3. §. 10. D. de *iure fisci*, docuerunt, etiam *thesaurum* forte fortuna in loco alieno inuentum, inter inuentorem & soli dominum *æqualiter* communicari. Reduxit legem desuetudine oblitte-ratam LEO Imperator, Nou. Leon. LI. seque in illa causa legis veteris *æquitatem* secutum esse, gloriatur. At enim vero, aut omnia me fallunt, aut illa æquitas discedit a naturali ratione. Quid enim iuris esse potest inuentori, qui rem non suam, cuius dominus ignoratur, in solo alieno, forte fortuna deprehendit: aut quomodo ad dominum soli pertinet, quod apud ipsum inuentum est, quod ipse nunquam emit, nunquam adquisiuit, & quod fere a primo domino in medio relictum: solus certe *casus*, nisi aliud quid rationis subsit, quod in plerisque *accessionum* speciebus obseruamus, dominium tribuere omnino non debebat. Rectius, vt in bonis vacantibus obseruatur, thesaurus ad communia onera sustinenda, reipublicæ poterat addici, aut inter indigentiores, si res tulerit, subinde distribui, aut æqualiter diuidi inter membra eiusdem ordinis, & ciuitatis. Sed ita quidem in communi diuidundo ius redditur.

§. V.

^{u)} VAL. MAX. VII. 3. §. 4.

§. V.

Tractatum est de communione, in quam incidimus subinde, etiam *Aequalitas* inuiti: & venit in mentem, nec illam praetermittere, quam voluntate nostra *inter socios.* eligimus, & quam *societatem* appellamus. Non omnia enarrare vacat. Illud attinet monere, societatem *ius* quodammodo *fraternitatis* continere. Hoc *VLPIANVS* docet, l. 63. pr. D. *pro socio*. Sed, cum fratres, secundum *M. TVLLIVM* x) *aequabili* inprimis *iure* inter se vtantur; *VLPIANO* l. 29. D. *pro socio*, placuit, vt, si *partes* non adiectae sint, *aequae* inter illos esse videantur: nulla autem sit societas, vt alter lucrum totum absorbeat, alter, sine spe commodi, & lucri, damnum sentiat duntaxat, l. 29. §. 2. D. *pro socio*. Et quamuis, quod *POMPONIVS* & *PROCVLVVS* aiunt, l. 6. & l. 80. D. *pro socio*, posset esse conueniens viri boni arbitrio, vt, propter collationem inaequalem, non utique ex *aequis partibus* socii esse censeamur; tamen illud ex solis facultatibus non aestimatur. Magis est, vt quamuis *non aequis* facultatibus fuerimus: tamen *aequo iure* videamur in societatem coiuisse. Plerumque enim, si *VLPIANVM* l. 5. §. 1. D. *pro socio*, audias, *pauperior* creditur opera supplere, quantum ei deest per patrimonii pusilli comparisonem. Imo vero, teste eodem *VLPIANO* l. 29. §. 1. D. *pro socio* plerumque *tanti* est industria socii, ut *plus* societati conferat, quam pecunia: vt, si solus nauiget, periculo solus subeat, solus etiam peregrinetur. Quae lex optimi exempli est, & illis consolationem afferre debet, quos fortunae iniquitas depressit, & multum infra illos diuites, plerumque stipites & truncos, videtur collocasse. Debebunt enim animo accendi, & virtute eluctari, vt potiore loco habeantur. Certe cum tanti sit opera, industria, & gratia, qua plerumque pauperes valere *PROCVLVVS* l. 80. D. *pro socio*, existimat; non poterit de collatione conqueri diues ille socius, qui plus pecuniarum attulit ad communia negotia societatis.

Eo & illud referendum est, quod *PAVLLVS* l. 65. §. 9. D. *pro socio*, praecipit; morte vnus dissolui societatem, quamuis plures socii super sint, qui in eandem coierint societatem. Enimvero vel *vnus opera* tanti referre potest, vt reliquorum, si vno illo careant, non intersit, manere in societate. Nimirum, cum *aequales* videantur, singulorum causa coaluisse in vnus societatis corpus, existimantur; & quilibet illorum tanti fieri censetur, vt vel propter *vnus* iacturam, nisi aliter conuenerit, compages illa dissoluatur.

Illud praetermitti non potest, culpam, quae a socio exigitur, non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse; sed docente *GAIO* l. 72. D. *pro socio*,

x) CIC. orat. pro Lig. p. §12.

socio, sufficere, si quis talem diligentiam communibus rebus adhibeat, qualem *suis* adhibere solet: quia, qui parum diligentem sibi socium adiunxit, de se queri debet: aut potius, quia *ex socio* cognoscitur, & iudicatur, quem ex *suis* negotiis perspectum non habemus. Certe, qui se seiungere a negligente socio potuit, probasse mores socii videtur. Nimirum, cum ipsi, inter se *aequales* sint, inique socius socii desidiam accusat, quem ipsum esse desidem & negligentem, ex socii coniunctione intelligimus. Haec igitur & socii inter sese comparantur.

§. VI.

*Aequalitas
coheredum.*

Aliquando igitur iudicio, & consensu, socios eligimus. Sed plerumque in illos *incidimus* aliorum voluntate, in primis *testatorum*, qui plures ad eandem rem, vel bonorum vniuersitatem, vocauerunt. Prius de vniuersitate cognoscamus.

CELSVS quidem atque VLPIANVS l. 2. pr. & l. 9. §. 12. D. de *hered. instit.* non dubitant, *heredes* plures institutos *aequis partibus* succedere, si testator partes non adscripsit, quamuis promiserit se adscrip-
turum. Heredes enim iuris successores sunt: & si *plures* instituantur, *diuidi* inter illos ius oportet: quod si non fiat, omnes *aequaliter* heredes videbuntur. PAVLLVS l. 12. D. de *hered. instit.* illud vltius por-
rigit, & quamuis ex disparibus partibus heredes instituti essent, tamen, si, ante peractum testamentum, testator adiecerit, ut *aeque* heredes es-
sent, illa verba non solum ad *iuris*, sed *partium* etiam *aequalitatem* re-
fert: ut *aequis partibus* heredes scripti videantur. Imo vero CELSVS, CARTHILIUS & PROCVLVS l. 24. & l. 69. D. de *hered. instit.* aucto-
res sunt, si *alternatim*, vter eorum viuet, aut vter eorum voler, heredes
scripti sint, & vterque viuat, & velit acquirere hereditatem, *utrumque* he-
redum numero habendum; cum *aequaliter* testator heredes amauisse censea-
tur. Id tamen receptum est, ut si alios separatim, alios coniunctim vna
oratione, heredes scripserit, hi in semissem, aut in partem illam, quae su-
perfit duntaxat, sed inter illos tamen, qui ita coniuncti sint, *aequo iure*
diuidendam, admittantur: Quod VLPIANVS l. 17. §. 4. D. de *hered. in-
stit.* obseruauit. Ex eadem causa, testator non facile discessisse a priori vo-
luntate, qua *aequis partibus* heredes scripsit, iudicatur. PAPINIANVS
l. 77. §. 21. D. de *leg. 2.* tractat eiusmodi speciem, qua pater filiam, cohe-
redibus filiis, in quibusdam rebus praetulisse videbatur. Enimvero pluri-
bus filiis heredibus institutis, moriens, *clauem* & *annulum*, custodiae caus-
sa, maiori natu filiae tradiderat, & libertum, qui praesens erat, eidem filiae
res, quas sub cura sua habuit, assignare iusserat: quaerebatur, an filia res
illas, quas a patre acceperat, & quae arcis, quarum claues traditae fuerant,
continebantur, *praecipuas* haberet: sed praevalet *praesumptio aequalitatis*:
com-

commune enim filiorum negotium gestum esse, neque, ob eam rem, apud arbitrum diuisionis, præcipuam causam filiae faturam, placuit: cum illa sententia esset humanior, quæ inter coheredes, in primis liberos, discrimen non admittat. Multum in vtramque partem GVILIELMVS FORNERIVS in libris *selectionum* disputauit. y)

Illud singulare est, quod testator, qui seruo, quem liberum putabat, substitutum dederat, vtrumque in dimidia parte heredem instituisse censeatur, l. 40. de *hered. instit.*

Igitur *æquis* partibus testator heredes videbitur instituisse. Non alia ratio ineunda est, si de *oneribus* hereditariis suscipiendis disceptetur. Enimvero, si pluribus inter se coniunctis conditio adiæta, vt, si decem dederint, heredes essent, ipsa enumeratione personarum summam conditionis *diuisam* esse, IAVOLENVS l. 36. D. de *condit. & demonstr.* respondit. Quod SCÆVOLA l. 42. D. de Leg. 3. verum putat, quamuis vñi coheredum nominatim aliquid iniunctum, quod ceteroquin ad officium omnium heredum pertineret. Ait enim, pro hereditariis portionibus etiam coheredes sumtus esse collaturos. Vt ecce: si vxori, quam in duodecima parte heredem scripserat, corpus suum sepeliendum tradi voluerit, & monumentum exstrui, vsque ad aureos quadringentos, quæ summa excederet hereditariam vxoris portionem: videbuntur *omnes* æqualiter teneri ad sumtuum collationem, vt monumentum exstruatur.

Quæ in vniuersitate bonorum placuerunt, fere etiam recepta sunt in *legatis* diuidendis. Certe si duo *partiri* inter se legatum iussi sunt, portione non adiecta, vtrique *pars dimidia* debetur. Ita VLPIANVS l. 164. §. 1. D. de V. S. censuit; & MVRETVS commentatione luculenta, comprobauit. z) Non operæ pretium est, recoquere, quod centum alii de legatariorum *coniunctionibus* apposuerunt. Pauca refert indicari: in primis, quod & *posthumos* testator, quos nunquam vidit, qui de ipso mereri nunquam potuerunt, credatur *æqualiter* amare. Si enim tibi & posthumo legauit, vno nato, docente GAYO l. 7. pr. D. de *reb. dub.* tibi dimidia debetur: sed, natis postea duobus, partem tertiam habebis, tribus natis, cum & tergemini nascantur, quarta ad te perueniet: vt posthumi singuli tecum æquis partibus vocati ad legatum videantur. Adeo *praesumptio amoris*, in posthumos *æqualis*, *vicit* iuris ciuilis regulam, quæ vna oratione comprehensos pro vna persona accipit, & omnes ita coniunctos in partem vnam duntaxat admittit.

Non longe ab hac specie remota est illa, de qua MODESTINVS atque PAVLLVS l. 19. & 26. D. de *usu & usufr. leg.* responderunt. Si enim

E 2

alii

y) FORN. L. I. select. c. 3. in thes. Otton. T. II. p. 8.
iur. c. 13. in thes. Otton. T. IV. p. 141.

z) ANT. MVRET. obs.

alii *fundum*, non detracto *usufructu*, alii *usumfructum* fundi testator legauit, usufructus inter eos *communicabitur*: cum utrique de usufructu restator æqualiter prospexisse videatur: ne fere inutilis sit alteri proprietas, si ille viuus omni parte usufructus, adeoque optima particula domini, caret. Idem fere in aliis oneribus obtinet, quæ adiecta sunt legatis, in primis si coheres legatum præcipere iussus sit, sub conditione, si heredibus aliquid exsoluat. Videtur enim ex illa summa, quæ heredibus exsoluenda est, pars hereditaria ad ipsum etiam, qui legatum sub hoc onere præcipit, spectare. Enimvero PAVLLVS ait, si fundum heredi *legauerit* testator, illa lege, ut heredibus decem daret, deducere heredem ex illa summa partem hereditariam, & reliquam coheredibus, pro eorum portione, soluere: cum neminem ex coheredibus, adeoque nec illum, qui legatum præcipit, testator exclusisse censeatur, l. 44. §. 10. D. de *condit. & demonst.* Ita quidem veteres & *coheredes*, & *legatarios*, ad eandem rem vocatos, nisi aliud appareat: inter se *æquales*, & pari beneficio ornatos, crediderunt.

§. VII.

Ratio æqualitatis in iudicio famil. herciscundæ. Sed *æqualitatis*, quam inter *coheredes* obtinere diximus, in primis iudex in *iudicio diuisionis* habebit rationem. GORDIANVS l. 9. C. *fam. herc.* inter *bonæ fidei* iudicia, quæ inæqualitatem non admittunt, illud inter coheredes iurgium recepit. Placuit enim PAPINIANO §. 57. D. *fam. herc.* propter pietatis officium, inter fratres maxime, qui *æquo iure* contendant, magis esse *iurgium*, quam *litem*: ut controuersiae *arbitri* sententia, aut mutuo consensu, dirimantur. PHILIPPVS certe l. 11. C. *fam. herc.* inter filios & filias, nullo discrimine admissio, parentum intestatorum bona, pro virilibus portionibus *æquo iure* diuidi rescripsit, quod etiam ante ipsum obtinuit. CONSTANTINVS vero, l. 26. C. *fam. herc.* longius processit, & non solum *sexus* sed etiam *graduum* ordinem neglexit, & omnes heredes suos, ex quolibet venientes gradu, imo & emancipatos, subinde *pares* esse voluit, omnesque paterno, quamuis nudo, atque non solenni de herciscunda familia iudicio, obtemperare iussit. Imo generatim *coheredes*, si dolo malo fecerint, ut *plus* ad eos perueniat, PAVLLVS ait, illos familiæ herciscundæ iudicio teneri, l. 44. §. 2. D. *fam. herc.* VLPIANVS enim l. 16. §. 4. & 5. D. eod. bonæ fidei docet conuenire, ut dolus & culpa in hoc iudicio *æqualiter* præstentur: Ideoque coheredem, sumtus, quos communis hereditatis gratia fecerit, cum usuris ex die moræ consequi, l. 18. §. 3. D. eod. cum & ipse fructus communicare debeat, & indignum sit, reliquos locupletiores fieri cum damno coheredis. Præterea DIOCLETIANVS l. 3. C. *commun. utr. iud.* si quid *inaequaliter*, etiam in familiæ diuisione factum sit, corrigi & rescindi iubet. Sed videtur obloqui PAPINIANVS, qui l. 57. D. h. t. ait, „fratres, arbitro accepto, communem

„munem hereditatem consensu diuidentes, pietatis officio defungi: Sed *diuisionem non rescindi*: quamuis arbiter, iurgio perempto, sententiam non dixerit: nisi auxilium ætatis intercedat.„ Quibus verbis Ictus, si plerisque audias, videtur, diuisionis non permittère *rescissionem*, nisi auxilio ætatis: ne quid pietatis inter fratres officium perturbet, quo defungi videntur, dum hereditatem, citra strepitum fori, consensu diuiserunt. At enim vero ipsa Icti verba, & series orationis docent, hoc ei in mentem non venisse. Illud tractat, vtrum, arbitro inter fratres accepto, non expectata eius sententia, *consensu* liceat diuidere hereditatem. Res habeat dubitationem, cum, docente G A I O, l. 25. pr. D. *locati*. qui, *arbitrum* vel extra iudicium acceperunt, in hanc conditionem consensisse existimentur, vt si ille sententia non dixerit, discedatur a negotio suscepto, & nihil inter partes actum censeatur, vel si in iudicio datus fuerit, ob litis constationem, & iudicis auctoritatem, non temere negligi arbiter, & contemni posse, videatur. Itaque credi poterat, non posse liberos consensu hereditatem diuidere, si semel arbitrum receperint. Sed P A P I N I A N O placuit, perempto iurgio, non oportere diuisionem ex hac causa reuocari, quasi sententia arbitri expectari debuisset: maxime, cum fratres pietatis officio defuncti videantur, quod controuersiam consensu distraxerunt. Negat igitur, hoc obtentu rescindi facile diuisionem. De reliquis rescissionis causis, & de inæqualitate, de qua D I O C L E T I A N V S tractat, ipsum ne cogitasse quidem, affirmauerim. Certe non metuo, vt quisquam sibi persuaderi patiatur, P A P I N I A N V M a D I O C L E T I A N O de rescissione diuisionis, propter *inæqualitatem*, dissensisse: cum, si inter quosquam alios, maxime inter fratres, *æqualitatis* ratio habenda videatur.

Igitur, nisi aliud actum sit, *æquales* inter se censentur coheredes. Ex quo & illud pender, quod G A I V S l. 5. D. h. t. præcipit, si æquis partibus heredes sint, neque inter ipsos conuenerit, a quo tabulæ, & cautiones hereditariæ custodiantur, *sortiri* eos debere: quo fere modo inter æquales controuersiæ facillime expediuntur: ceterum, si quis tabulas custodiendas receperit, G A I V S interponi cautiones iubet, vt, cum res exegerit, etiam coheredibus tabulæ authenticæ, quæ *æquo iure* ad omnes pertinent, exhibeantur.

§. VIII.

Dum hereditas diuiditur, attinet etiam de *collatione* obiter monere. *Æqualitas* Collationis necessitatem L E O l. 17. C. de *collat.* omnibus descendentibus, *in collatione.* omni sexus & ætatis & graduum, omni suorum & emancipatorum discrimine remoto, imposuit; vt *æquitatis* studio, *æqua lance*, *parique* modo, omnibus prospiciatur. Igitur placuit, & dotem & donationem propter nuptias *conferri*. Olim quidem, pater, si facto testamento decessisset, non

iniuncta liberis collatione, illam remisisse censebatur. Sed, ne quid inaequaliter inter liberos constituatur, cum tumultus mortis interdum patri recordationem & memoriam beneficiorum, quae in singulos contulit, adimat atque perturbet, etiam illos, qui *ex testamento* parentibus succedunt, bona voluit conferre. At vero plerumque illud solet accidere, quod maxime cauemus: &, dum rationes diligenter ordinantur, ne quid *iniqui* admittatur inter fratres, ipsum *aequalitatis* studium videtur *iniquitatis* aliquid afferre. Fac enim, *ad dignitates* aliquid aut datum a parente, aut promissum. Certe iniquissime ageretur cum filio, qui, quod dignitatis nomine datum fuerit, conferre in commune cogetur. Enimuero, si incommoda cum dignitate, quam ex patris voluntate susceperat, coniuncta solus in posterum sentiet, sumtibus quos dignitas postulat, exhauri & patrimonium, & vel cum dedecore, vel cum magno rei familiaris detrimento debebit in luce & republica versari; cum contra reliqui, qui haerent in obscuro, nummos compareant, & conditionem atque humilem locum, in quo constituti sunt, paruo tueantur, adeoque, illo tabescente & ad egestatem perducto, ipsi crescant diuitiis, & in tenui sorte & otio, splendorem & industriam fratris superent, & vincant. Igitur *VLPIANO* l. 1. §. 16. D. de *collat.* placuit, fratrem, quod dignitatis nomine a patre datum est, vel promissum, non cogendum in commune conferre, sed hoc, propter *onera* dignitatis, *praecipuum* haberi oportere: imo, si illud, quod ad vtendam dignitatem promissum sit, adhuc debeatur, hoc ita interpretandum esse, vt ne solus ille oneretur, qui dignitatem meruit; sed commune sit debitum omnium heredum. Vides aliquando discedi ab arithmetica aequalitate, ipsius studio aequalitatis.

Ceterum si nihil aliud appareat, *aequali iure* fratres censebuntur. Quod cum cogitaret *SCAEVOLA*, remisit aliquando filiae collationem, ne inaequaliter bona inter liberos diuiderentur. Si enim pater moriens codicillis praedia sua omnia & totum patrimonium diuisit, ita, vt longe *amplius* filio, quam filiae relinqueret, collationem dotis cessare, arbitratur. l. 39. §. 1. D. *fam. herc.* Sed quibusdam quidem in mentem venit, *LEONEM* l. 17. C. de *collat.* & *IUSTINIANVM* Nou. 18. c. 6. correxisse *SCAEVOLAE* sententiam, dum dotem omnimodo conferri voluerunt. Enimuero ipsi imperatores constituerunt, patris in primis iudicium in collationibus sequendum esse. Sed *SCAEVOLA* de interpretatione iudicii paterni disputat, & rectius, ait, dici, *ex voluntate defuncti* collationem dotis cessare, si pater nihil reliquit indiuisum, sed multo plus filio, quam filiae, quae antea dotem acceperat, attribuit: cum *aequo iure* illis prospicere voluisse videatur. Quare etiam *BERGERO* ^{a)} placuit, in hac specie collationem dotis *hodie* cessare.

^{a)} de *BERG.* eccl. iur. II. IV. § 1. n. 5.

sare. Cetera attingere non lubet; de his enim copiose alii ^{b)} exposuerunt.

§. IX.

Restat ex duplicibus iudiciis, quæ IULIANVS l. 10. D. fin. reg. commemorat, *iurgium finale*, seu de *finibus regundis*. Hoc quidem, si *Her- in iudicio finium regundorum* *mogenianum* l. 5. D. de iustit. & iure audiamus, ex iure gentium descendit. Ex illo enim iure introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, & ædificia sunt collocata. Certe necessitas exegit, ut dissensionis vitandæ causâ, inter æquales, termini & fines constituerentur. Odio igitur altercationis inter *ad fines*, id est, inter illos, qui agros in confinio possident, quos, propter consuetudinem vitæ, & possessionum coniunctionem, amicitia & fide & bona gratia inter sese, uti, conueniebat, visum est, si qua inter illos controuersia oriatur, ex æquo & bono fines esse dirimendos. VLPIANVS enim l. 8. §. 1. D. fin. reg. ad officium iudicis, de finibus cognoscentis, pertinere ait, mentores mittere, & per eos dirimere ipsam finium quæstionem, *ut æquum esse videatur*: loco, si res exigat, oculis subiecto. Ex æquitate igitur de finibus regundis statueretur. Quæ res efficit, ut iudex etiam *adiudicatione* & condemnatione controuersiam subinde finiat, amouendæ veteris obscuritatis causâ. Illud VLPIANVS, & GAIVS l. 2. §. 1. & l. 3. D. h. t. præceperunt. Et quia utriusque litigantium interest, obscuros fines declarari; PAVLLO placet, etiam si mentor ab altero solo conductus sit, tamen etiam eum, qui non conduxit, in partem mercedis condemnandum, l. 4. §. 1. D. fin. reg. cum, qui æquo iure inter se vruntur, etiam onerum æqualem partem ferre teneantur. Sed in controuersia finium prima inspectio, quomodo conuenerit inter ipsas partes. PAPINIANVS enim l. 11. D. fin. reg. non semper verusta monumenta sequitur, si varietate successionum, & arbitrio possessorum, fines, additis vel detractis agris, permutatos esse; comprobetur. Solent enim venditores, in alienatione agrorum, fines mutare, atque demonstrare: l. 48. D. de act. emt. vend. aut testatores etiam, qui partem agrorum legato transferri ab herede voluerunt, fines constituere, quod POMPONIUS tradit l. 24. §. 3. D. de leg. 1. Illam enim destinationem domini subinde *legem fundi* l. 40. §. 1. D. cont. empt. legem venditionis, l. 60. & 68. D. eod. modum fundi, l. 7. §. 1. D. de per. & comm. rei. vend. solebant appellare; quia illud pro lege partes tenet, quod consensu ab ipsis est probatum, l. 48. D. de pact. Luculenter PAVLEVS l. 12. D. fin. reg. eos terminos, quantum ad domini quæstionem pertinere, obseruandos esse, ait, *quos demonstrauit* is, qui utriusque prædii dominus fuit, cum alterum eorum venderet.

Pri-

^{b)} MENOCH. de præsumt. III. L. 79. n. 75 sqq. GALL. 2. obs. 116.

Primum igitur ex *traditionis lege* controuersia dirimitur, si inter illos sit iurgium, qui inter sese de certis finibus, & agri modo, conuenerunt. Quod si nihil actum fuerit, ad æquitatem arbiter recurret: sed non, ut personarum, sed, ut *fundorum* rationem habeat: quia fines non personis, sed *fundo* potius adiudicantur. Ita PAVLLO placet l. 4. §. 5. D. *fin. reg.* Ipsi autem fundi inter se *æquales* esse iudicantur. MODESTINVS enim, quem supra adduximus l. 7. D. *fin. reg.* de *modo* agrorum arbitros dari docet, & eum, qui *maiolem* locum in *territorio* habeat, ceteris, qui *minorem* locum possident, *integrum* locum assignare compelli: atque ita sæpius rescriptum esse. Ne quem vox *territorii* offendant, POMPONIVS l. 239. §. 8. D. de V. S. *territorium* interpretatur *uniuersitatem* agrorum, intra fines cuiusque ciuitatis.

Itaque, qui in uniuersitate agrorum ad eandem ciuitatem pertinentium *maiolem locum* possidet, ceteris locum integrum assignare compellitur. Nihil, hac MODESTINI sententia, æquitati conuenientius. Est enim probabile ad fidem, magistratus, aut ciues, & colonos novos qui ad idem territorium venerunt, inter se primo *æqualiter* agros diuissile: certe non fuisse passuros, ut vni cuidam ex uniuersitate *maior locus* soli assignaretur, ceteri *minorem* possiderent. Igitur cum mutatio *facti* sit; hæc profecto, quod supra obseruatum est, non *præsumitur*, nisi ab allegantibus probetur. Neque quisquam obiiciat, *delicta* etiam, & *moti termini crimen non præsumi*: Sed, quemcunque, quod possidet, *iure suo* videri possidere; quod VLPIANVS docet, l. 51. pr. D. *pro socio*. Enimuero, debes cogitare, quod etiam sine delicto interdum, si VLPIANO fides est, l. 8. pr. D. *fin. reg.* irruptione fluminis, & inundatione, fines agrorum confundantur, ideoque quibusdam occasio usurpandi loca, in quibus ius non habent, opportunitate casus, & temporis, præstetur. Ut taceam, delicta etiam præsumi, si luculentis indiciis se prodant. Ita certe, in illa specie, quam sub initium proposui, *ICTorum* in hac academia *ordini* visum est: in primis, cum testes etiam, & prior venditur, fuisse agros inter se *æqualiter* diuissos, affirmarent. Iuuat, ipsa verba sententiæ adicere:

Daraus so viel zu befinden: würde Klägers Principalin, daß der streitige Acker, nebst 2. Ellen weniger $\frac{1}{8}$ von Beklagters Felde zu ihrem Ackerstücke gehöre, vermittelst Endes erhalten, demnach in Supplementum schweren, immassen vor allen Dingen zu beschehen, so ist Beklagter derselbigen ermeldten Acker, und 2. Ellen, weniger $\frac{1}{8}$ Feldes abzutreten, so wohl die bißher davon erhobene Nutzungen, zu erstatten, schuldig, gestalt auch beide Theile ihre Felder durch Gränz-Steine, gewöhnlichermaassen, zu unterscheiden verbunden; Im übrigen werden die specificirten Gerichts-Expensen, von denenjenigen, welchen sie angeschrieben, billig eingebracht, B. R. Rat.

Rat. decid.

Alldieweil bey der Besichtigung fol. 2. b. Beklagens Acker-Stücke 2 Ellen, weniger $\frac{1}{2}$ Viertel, breiter, als der Klägerin Felder befunden worden, hingegen aus der von Klägern producirten Zeugen fol. 171. b. ad art. probat. 4. sp. ingleichen ad art. 23. fol. 184. it. ad interrog. speciale 16. fol. 187. b. wie nicht weniger fol. 193 seq. ad art. 5 seq. so wohl von Beklagens eigenen Zeugen fol. 204. ad interrog. special. 1. 2. und ad art. reprobat. 8. gethanen endlichen Aussage, so viel erhellet: daß, wenn auch unter denen Mühl-Stücken eine Hufe mehr Acker habe, als die andere, dieselbigen dennoch in denen Schlägen einander gleich seyn sollen, und solches in dassetiger Gegend also gehalten worden, immassen auch Klägers dritter Zeuge fol. 194. b. ad art. 15. und fol. 196. b. ad art. 25. solches von Klägers und Beklagens Stücken bekräftiget, und daß er ehemals, als er auf denen Lekttern geackert, sich nach seinem Acker jederzeit gerichtet, und beyde unter einander eine Gleichheit beobachtet, auch an Klägers Felde damahlen nichts gemangelt habe, behauptet, folglich Kläger semiplenam probationem vor sich hat, hiernächst die gemeinen Rechte, vor denjenigen, der weniger als der Nachbar besizet, præsumiren;

L. 7. D. fin. regund.

Diese Præsuntion aber dadurch, daß Klägers Vorfahren etwas Rasen, zu Vereinigung und Unterscheidung beyderseits Felder, liegen lassen, mithin dadurch die Gränzen unter ihnen feste gestellet worden, nicht elidiret wird, in Betrachtung, daß Klägers Zeugen fol. 211. b. ad interrog. spec. 1. daß dergleichen anscheinende Dämme, mit dem Haupte des Pfluges, weit in des Nachbars Acker eingedrängt, und fortgetrieben werden können, ausgesaget, im übrigen, das von dem ehemaligen Besizer derer streitigen Felder, Hans Löfflern, ertheilte, und fol. 272. befindliche Attestat, in welchem er, daß Beklagens sämtliche, sonderlich aber daß neben Klägers Principalin Feldern gelegene halbe Hufen-Stücke, nicht ein Haar breiter seyn sollen und müssen, als die übrigen, bezeuget, nicht gänzlich außer Augen zu setzen, gestalt denn die Gränzen, wenn darüber Streit entsteht, am füglichsten durch den vormahligen Besizer angegeben und ausgemachet werden können,

L. 12. D. & L. 1. C. fin. reg.

und ohngeachtet Kläger ermeldtes Attestat bey dem Beweis nicht induciret, sondern dasselbige erstlich nachhero, fol. 273. von Löfflern, vermittelst Eydes, bestärket worden, dennoch die vor Klägern ohnedieß streitende und Beklagtem entgegen stehende Vermuthung, dadurch unterstützt, und vermehret wird:

So ist Klägers Principalin das Suppletorium zuerkannt, und wenn solches würcklich geleistet wird, Beklagter auf die Maasse, als in Unserm Urthel enthalten, billig condemniret worden.

§. X.

Sortitio inter aequales.

In iudiciis, quae adhuc tractata sunt, *sorte* interdum controuersias dirimi, supra fuit obseruatum. Operae pretium videtur, de *sortitionibus* generatim aliquid monere. Nimirum ineptum & a recto consilio alienum est, *sorti* & *casui* rem decidendam committere, quae *debeat* & *possit ratione* definire. Enimuero, hoc est, se ipsum & diuinos fines prodere, si quis negotium, de quo ex diuina voluntate constituendum sit, ex fortuna & casu velit aestimare. Superstitioni illorum hoc debetur, qui in sortibus semper diuini aliquid inesse, adeoque, si sortiti essent, non casu, sed diuino iudicio, controuersias dirimi, arbitrabantur. Sed nemo facile, qui sapiat, his nugis aures commodabit. Igitur nunquam *sortitioni* in litibus iudicandis locus est, nisi, cum id agitur, ut res quomodocunque finiatur, & cum non refert, quis sit exitus iudicii futurus. Illud inter *aequales* inprimis obtinet. Horum enim alter alteri plerumque cedere detrectat. Itaque, si quid ab omnibus exigitur, aut praestandum est, quod non, nisi ab vno, aut paucis, suscipi & praestari possit, *sorte* controuersia deceditur; quia non interest, quis illorum sorte eligatur, cum *omnes* obligentur atque inter illos non facile discrimen admittatur. Res comprobabitur exemplis. Inter illos, qui *aequis* partibus coheredes sunt, *sorte* deceditur, apud quem tabulae authenticae, & cautiones hereditariae, communia instrumenta, deponantur. Hoc enim *VLPIANVS* atque *GAIVS* & commodissimum videri responderunt, l. 4. §. 3. & l. 5. D. *fam. herc.* Idem, si ambo coheredes ad iudicium prouocent, placuit l. 14. D. *de iudic.* ut, quis actor esse debeat, iudice fortuna, decidatur. *IUSTINIANVS* etiam, si *optio* legata sit, & inter collegatarios non conueniat, quis illorum optet, *sorte* inter illos vnum eligi voluit, qui optionis officio, communi nomine, defungatur, l. 3. pr. C. *comm. de legat.* *VLPIANVS* etiam alio loco, seruos, ait, inter se *sortiri*, vter ipsorum ad libertatem perueniat: si enim quis plures seruos rogatus sit manumittere, sed fideicommissum ad omnium pretia non sufficiat, non quidem omnes, sed illos tamen, quorum pretium, cum fideicommisso comparatum, illud patiat, liberos futuros: & quidem merita cuiusque aestimanda, ut dignissimus illorum perueniat ad libertatem: aut, si paria haec fuerint, *sortitione* statuendum, vter potius manumittendus esse videatur: ante omnia vero scripturae ordinem sequendum, l. 24. §. 17. D. *de fideic. libert.* Illud durius, etiam *militēs* interdum, vter illorum poenam subire debeat, *sortiri*. Sed societas sceleris, qua omnes poenam meriti videntur, efficit, ut ille, quem fors tetigerit, conqueri non possit. Multa *PETRVS PANTOIA DE AIALA* c) conquisiuit, quae exscribere non vacat.

§. XI.

c) *AIALA* comment. ad L. fin. C. de aleat. in thes. Otton. T. IV. p. 1039.

§. XI.

Sed redeo e diuerticulo in viam. Fere enim prætermiseram monere, *Æqualitas* vt corpora & quantitates, ita etiam *iura* atque *seruitutes communes*, diuidi *in diuisione* solere. Quamuis vero constet inter omnes, seruitutes, in quantum fundi *seruitutum* libertatem restringunt, odiosas esse, atque strictam duntaxat interpretationem admittere? tamen inter illos, ad quos eadem seruitus pertinet, æquitatis ratio præualuit, vt socii *æqualiter* concurrant in vsu seruitutis. Hoc LABEO l. 31. D. de vsu & vsufr. leg. & VLPIANVS l. 7. §. 10. D. comm. diu. in diuidendo vsufructu in primis tractauerunt. Vsusfructus enim, si duobus legatus fuerit, vel regionibus inter illos diuidetur, vel tertiæ personæ locabitur, vt hi pensiones, sine vlla controuersia, percipiant, vel per tempora subinde, id est, mutua vice, certo tempore, cautionibus interpositis, vtentur & fruuntur. Eundem fere in modum IULIANVS l. 5. pr. & §. 1. D. de aqu. quotid. aquam non solum mensuris, sed etiam temporibus diuisit, si eadem aqua duobus debeatur: &, vt ne studium æqualitatis subtilitate iuris ciuilis euertatur, placuit, illos, qui ius aquæ habent certis temporibus, inter se permutare posse tempora, &, quamuis neuter suo tempore, sed tempore, quod socio assignatum esset, aqua vsus esset, neutrum tamen ius aquæ amisisse.

Si iter pluribus debetur, placuit VLPIANO, l. 4. §. 3. D. si seru. vind. ius seruitutis esse indiuisum, adeoque & per vnum retineri, defendi posse, cum & bona fides inter socios id ferat, vt alter alterius meliorem conditionem faciat: ideoque & quemlibet illorum in solidum de itinere experiri posse, & alteri alterius victoriam prodesse: sed, ne quis tamen plus petat, quam æquitas postulat, æstimationem ad illud reuocari, ait ICtus, quod eius intersit, qui experietur. Adeo seruitutes, quæ *natura* sunt indiuiduæ, *æstimatione* diuisionem videntur recepisse.

§. XII.

Sed non solum seruitutes, inter illos, quibus hæ debentur, sed onera *Onerum publicorum æ-* etiam publica, inter hos, qui illa ferre debent, diuiduntur. FLACCVM *cicero* d) in primis commendabat, ob *æquabilem* sumtum *descriptio-* nem. In republica certe Romana de nulla re studiosius imperatores pro- *scriptio &* spexerunt, quam vt æqualiter onera per ciues diuidantur. Cum plerum- *actio nega-* que ignorentur ciuium facultates & copiæ, HONORIUS & THEODOSIUS, *toria ex præ-* l. 2. C. de immun. nem. conced. pro iugerum numero onera possessoribus *sumptione* imposuerunt. Certe *æquationis* studio GRATIANVS cum collegis l. 1. C. *æ-* eod. *immunitatum* specialium gratiam damnauit, & ex æquo omnes voluit necessitatem functionis tributariæ subire. VLPIANVS etiam l. 1. §. 1. & 2. D. de iure immun. si quæ immunitas cuiquam data sit, illam ad heredes non trans-

F 2

d) c. 1. pro Flacco p. 504.

transire, imo, si generi & posteris concessa sit, ad eos, qui ex fœminis nati sint, illam non pertinere, docet: vt intelligatur odiosa fuisse priuilegia, quæ cum reliquorum iniuria coniuncta videantur, l. 4. C. *de emancip. liber.* Nihil fere addi potest illis, quæ G V I L I E L M V S F O R N E R I V S ^{e)} de hoc argumento obseruauit.

Sed, vt supra diximus, nuperrime dubitatum est, qua actione vtendum esset, contra illos, qui, immunitatis aliquo obtentu, onera publica subrerfugiunt, & reliquos onerant temeraria tergiuersatione. In primis de actione *negatoria* disceptatum est. Enimuero, vt de actione *negatoria* breuiter exponam, non multum oblectarer magnis viris, contra quos L V D O V I C V S V I T A L I S ^{f)} aliquando surrexit, qui inter confessoriam & negatoriam, solum formularum discrimen: *aio mihi ius esse: &: aio, tibi ius non esse:* intercedere existimarunt. Mirifice enim lege 6. pr. & lege 11. D. *si seru. vind.* discrimen formulæ commendatur: vt fere actio *negatoria* generaliter *ex iure prohibendi*, quod vel ex libertatis præsumptione, vel ex seruitute competere potest, nasci videatur. Sed V L P I A N V S me in contrariam partem mouet, qui l. 2. pr. D. *si seru. vind.* confessoriam ait, ei daudam esse, qui seruitutem sibi competere contendit, *negatoriam domino*, qui *negat*. Qua re nihil potest esse luculentius. Accedit, quod idem V L P I A N V S l. 8. pr. D. *si seru. vind.* *negatoriam* actionem *contrariam*, seu, quod Græci interpretes aiunt, ἀντιδικτικὴν ἀγνήσεως, qua negamus alteri ius seruitutis, & contra illum agimus, qui seruitutem sibi postulat, appellat. Igitur ex *præsumptione libertatis* actio *negatoria* illi datur, qui negat alteri ius esse seruitutis. Sed quæ ex *libertate* datur, illam, ne dubites, etiam ex *æqualitatis* naturalis *præsumptione* domino concedi; quandoquidem V L P I A N V S l. 32. D. *de reg. iur.* ipsa libertatis iura exinde deducit, quod natura omnes *æquales* esse videamur: vt dubitari non possit, vti libertatem rerum atque personarum, ita *æqualitatem* etiam naturaliter *præsumi*.

Nostro quidem iure expeditum est, *negatorie* actionis formulam generatim omnibus accommodari, qui ex *præsumptione iuris* agunt, contra illum, qui ius singulare sibi competere contendit. Quæ cum ita sint, recte rusticorum vniuersitas, contra duos reos, qui se oneribus publicis & æquali collationi subtrahebant, seque a multis annis dimidio minus, quam reliquos, contulisse iactitabant, actione *negatoria* ex *præsumptione æqualitatis naturalis* experta est. Sed rei quidem subtiliter excipiebant, actores, qui se onera illa: & tributorum collationem, debere faterentur, ex libertate agere, adeoque actione *negatoria* vti non posse; cum nemo sit liber, qui seruiat, & nemini *negatoria* competat, qui fateatur, se debere seruitutem.

^{e)} F O R N E R I V S L. I. select. c. 20. in thes. Otton. T. 2. p. 30.
var. II. 12. in thes. Otton. T. 2. p. 674.

^{f)} L V D. V I T. lect.

rem, Enimvero his respondendum erat ex *ULPIANO* l. 4. §. 7. D. si seru. vind. quod licet meae aedes alii seruiant, tamen sufficiat ad negatoriam, illas ei, cum quo agitur, non seruire; hinc etiam vniuersitati, quae alii tributa debeat, negatoriam competere, aduersus socios, qui illud onus totum in actores deuoluere, seque publicae necessitati subtrahere volebant: cum illis non competeret ius aliquod immunitatis, quae omnibus incumberebant, susciperent. Fortior soli enim videbatur aequalitatis, quam natura tribuit, praesumptio, quam illa, quae ex possessione aliqua immunitatis dicitur enasci. Hoc adduxit *ICTOS Lipsienses*, ut post litis contestationem, non actoribus actionis, sed reis iniungerent immunitatis, quam allegauerant, probationem. Cum his etiam *ICTI Vitembergenses*, qui de illa lite postea, leuatione interposita, iudicabant, quod ad ius attinet, consentiebant; quamuis ipsi reos, quia praescriptione ius immunitatis adepti erant, absoluerent ab onere probationis. Res clarior erit, si ipsa *rationum* verba adscribamus:

Ob wohl, bekannten Rechten nach, die praesumptio libertatis & aequalitatis naturalis stärker, als diejenige, so aus einer erlangten Possess entsteht,

arg. L. 6. §. 1. D. si seru. vind.

& L. 9. C. de seruitut.

Dennoch, daß denen Beklagten der Beweis der vorgeschützten immunitaet, nach der im letzten Urtheil gegebenen Erklärung, aufzuerlegen, es das Ansehen gewinnt, &c.

D. a. d. die von Beklagten über 30. 40. und mehr Jahre continuirte Possessio vel quasi der Immunitaet von der Halscheid derer libellirten Dienste und Onerum, aus denen bengebrachten Rechtssträftigen Bescheiden zur Gnüge erhellet &c.

§. XIII.

Res finem non inueniret, si per omnes species causarum aequalitatis *Aequalitatis* studium probare susciperem. Iuuabit tamen pauca, quae in mentem veniunt, digito, quasi in transcurso, indicare. Inter illos etiam, qui in *turpi* *in contractibus bilateribus & aliis negotiis.* causa sunt, *ANTONINVS* l. 2. C. de *condict. ob turp. caus.* ius aliquod aequalitatis constituit, & in pari causa possessoris conditionem meliorem esse voluit; cum inter aequales, qui prior est tempore, praefendus videatur. Illud meretur obseruari, etiam in *stricti iuris* negotiis, duos correos promittendi ex *aquo* obligari, & diuisionis beneficio, ius aequalitatis inter illos conseruari. Auth. *hoc ita* &c. C. de *duob. reis*.

Inter *coniuges*, quamuis vxorem natura subiiciat marito, tamen quaedam iura communicata sunt. Certe *ius competentiae* quod dicunt, propter mutui amoris & gratiae *aequalitatem*, vtrique coniugi conceditur. *MODESTI-*

NVS enim, l. 20. D. *de re iudic.* non solum maritum, si ab vxore conueniatur, condemnari ait, *in quantum facere possit*, ex D. P I I Constitutione; sed *æqualitatis*, putat, rationem suggerere, vt idem *æqua lance* in vxoris persona opseruetur.

In transactionibus placuit, si minor aduersus illa, de quibus transactum est, ætatis auxilio, restitutionem in integrum impetrauerit, ne alterum quidem, ex eo, quod conuenierit, teneri l. 2. C. *si aduersus transact.* 8) sed utrumque *æqualiter* obligatione solui, si negotium ab altero illorum retrahatur.

In *contractibus*, in quibus vterque aliquid promittit, nemo dubitat, auctore DIOCLETIANO l. 2. C. *de resc. vend.* *æquales* præstationes ab utraque parte exigere, & ob læsionem illius, qui dimidio minus consecutus est, rescissioni locum dari. Hoc enim, in diuisionibus in primis, etiam ante DIOCLETIANVM, iam tum temporibus PAPINIANI, imo vero ante PAPINIANVM, ob bonam fidem, qua hæc iudicia reguntur, obtinuisse, supra fuit obseruatum. Sed, videtur quidem illa æqualitas habere aliquid iniquitatis, cum ciuium patrimonia & vires, ex quibus naturali ratione officia & obligationes æstimantur eodem modulo metiri non possimus, durumque sit, tantundem a paupere exigere, quantum ab altero diuite, qui cum illo negotium contrahit, præstetur. Haec est illa æquitas, quam HORATIUS h) in moriendi necessitate accusauit:

*Labuntur ami: nec pietas moram
Rugis, & instanti senectæ
Afferet, indomitæque morti.*

*Non, si tricenis, quotquot eant dies,
Amice, places illacrymabilem
Plutona tauris; qui ter amplum
Geryonem, Tityonque tristi*

*Compefcit unda, scilicet omnibus,
Quicumque terræ munere vescimur,
Enauiganda: siue reges,
Siue inopes erimus coloni.*

PLINIVS i) certe, sublato discrimine personarum & conditionis, quia quisque utitur, nihil ipsa *æqualitate*, putat, esse *inæqualius*. Sed frustra acculant DIOCLETIANVM, qui his criminationibus vtuntur. VLPIANVS enim l. 3. D. *de LL.* & CELSVS l. 5. D. *eod.* docent, iura non in singulas personas, sed generaliter constitui, & ad illa dirigi, quæ plerumque & frequenter eueniunt. Sed, non indiget probatione, plerosque in republica pauperes, paucos diuites haberi: certe raro ciuem, si diuitias æstimes, dimi-

g) FORNERIVS select. III. 5. in thes. Otton. T. 2. p. 87.
stroph. 1 sqq.

i) PLIN. L. 9. ep. 5.

h) HORAT. Il. od. 14.

dimidia facultatum parte, altero ciue superiorem esse. Quapropter recte constitutum est, ciues æquo iure etiam in contractibus censer. Satis etiam iustitiæ distributiue videtur habuisse rationem, qui illam *æqualitatem* constituit, quæ *plerorumque* ciuium conditioni & viribus sit accommodata: omnia turbantur atque permiscentur, si iudici potestas fiat, singularum personarum diuitias, & vires æstimandi, aut, propter paucos quosdam diuites, a regula iuris ciuilibis discedendi. Ex quo apparet, merito in contractibus, in quibus de pretio *iusto*, id est, mercibus *æquali*, paciscimur, præstationis vtrunque æquales a contractentibus desiderari: cum iniquum sit, ciuem *pauperem*, quales sunt plerique, cum alterius *pauperis* damno locupletari.

XXII.

D I S S E R T A T I O

AN CONDITIO
QVAE PROPTER CASVM
IMPLERI NEQVIT
PRO IMPLETA HABEATUR?

AD CONCILIANDAS LEGES ADVERSAS

XXXI. D. DE CONDIT. ET DEMONST. ET LIV. §. I. D. DE LEG. I.

VITEMBERGAE, AD D. SEPT. A. Q. S. P. E. MDCCXXXV.

§. I.
Fere testatoris *non interest*, ad quem bona eius post mortem defe- *Heredes amo-*
rantur. Hinc naturalis ratio ignorat *testamenta*. Quæ enim est sollicitu- *re deligun-*
do, de illis rebus constituere, quarum nullus in te sensus erit, & quæ *tur.*
tunc demum euenient, cum tu desieris de humanis negotiis gaudere. Re-
cte igitur peregrinis, cum quibus tamen omnia, quæ ex iure gentium de-
scendant; communicata sunt, iuris Romani interpretes potestatem testamen-
ti faciendi detraxerunt. Enimuero ad rempublicam bona pertinent, quæ
priuatis: postquam fato suo defuncti sunt, vsui esse, & voluptatem parere
non possunt. Rectius a republica deliguntur successores: quos sua necessitas,
aut magna vtilitas ciuitatis, aut etiam gratia commendat: vt viuis potius ac-
cessi-

cessionem fortunarum, & commoditatem conditionis lautioris, quam mortuis, acceptum ferant.

Sed Quiritibus tamen, qui sui iuris erant, liberaliter leges nostræ concesserunt, ut ipsi suo iudicio sibi deligerent heredes. Quod ius videretur esse ridiculum, & gravitate hominis indignum, nisi quædam ingenia blandissime afficerentur, dum prospiciunt, se *amicis* suis, si viui omnino nequeant, certe morte sua & iudicio suæ voluntatis profuturos, igitur, ut discant rebus suis parcere, quas aliquando ad amicos suos, suo iudicio delectos, peruenturas esse sciant, utque morituri etiam de amicis, quos fides & consuetudo cum ipsis coniunxerat, mereri possint, ius testamenti faciendi civibus tributum. Certe inutiliter heres institutus videbatur, quem non *amore* & iudicio electum esse apparebat. Optime *Tiberius*, non adeundam sibi hereditatem esse censuit, nisi cum amicitia illam meruisset. ^{a)} Quod ius etiam ad privatos pertinere *ULPIANVS* credidit, & negavit valere institutionem, si testator signo quidem manifesto, & indubitabili, quod vice nominis fungatur, sed quod tamen *contumeliæ causa* addi soleat, heredem designasset, l. 9. §. 8. D. *de hered. instit.* cum, qui hoc nomine heredem instituerit, non amoris, sed contentus causa instituisse videatur. Recte etiam veteres, donec *IULIUS TRINIANVS* l. *vn.* C. *de his, quæ poen. nom.* hoc mutaret, infirmarunt voluntatem testatorum, qua *poenæ* nomine, & coercendi heredis gratia, cum probro & contumelia heredis, ^{b)} cuiquam aliquid reliquerant, aut hoc titulo hereditatem heredi primo ademerant, illamque transfulerant in alios heredes: cum appareat, non *amore* illorum: in quos bona transferantur, sed odio heredis, adiaci, quæ *pænæ* nomine a testatore relinquuntur. Probe *THEOPHILVS* hoc intellexit, qui, dum legata *pænæ* interpretatur, legata quidem, ait, ex *amore* & benevolentia, *εὐνοίας καὶ φιλίας, ἢ μίσεως τῶ πληρονομῶν*, non ex odio heredis; debere proficisci. ^{c)}

Ex eodem fonte deriuatum est, quod nec *captatoriae* institutiones quæ lucri magis, quam amoris, studium proderent, veteribus omnino probarentur. Sed illas duntaxat *PAPINIANVS* l. 79. D. *de hered. instit.* admittendas esse censuit, quæ *mutuis affectionibus* prouocarentur. Recte igitur *PAVLLVS* l. 71. D. *eod. tit.* credit, valere testamentum, in quo Titius heres scriptus est ex eadem parte, ex qua ipse antea testatorem instituit heredem: modo institutio magis in *præteritum*, quam in *futurum* sit collata, magisque ex compensandi, quam prouocandi, studio enata videatur. ^{d)} Graeci etiam interpretes ^{e)} confirmant institutiones *χάριν ἀμειβόμενας*, quibus *gratia rependitur*: quod in primis pertinet ad officium hominis

^{a)} TACIT. *annal.* cap. 48.

^{b)} BYNKERSHOEK *de legatis poenæ*, cap. 4. opusc.

P. II. p. 281.

^{c)} THEOPH. ad §. ult. I. de leg.

^{d)} CUIAC. ad Lib. VI.

resp. PAPIN. in l. 70. de hered. instit.

BYNKERSH. *de captat. instit.* c. 2. f.

^{e)} BASILIC. 85. Tom. 9. cap. 70.

nis ingenui & liberalis. Ex quibus rebus intelligitur, veteres omnino in testamentis occasionem *referendi gratiam* & tribuendi beneficia, non materiam exercendorum odiorum aut lucri aucupandi, quaesivisse. Hoc enim adduxit eundem, quem modo appellavi, PAALLVM, vt l. 58. §. 1. D. de *hered. instit.* putet valere institutionem, si ille, qui *frater* non sit, sed fraterna caritate diligatur, cum vero nomine, sub appellatione *fratris* heres institutus sit. Quamvis enim testamentum, quo quis illum quasi cognatum, qui non sit cognatus, heredem instituerit, errore testatoris vitietur, l. 4. C. de *hered. instit.* tamen PAVLLVS censet non errasse testatorem, qui fratris nomine amicum instituerit; sed *fratres* etiam caritate deligi, illamque institutionem videri profectam ex *amore*, quo omnis auctoritas & nervus ultimarum voluntatum inprimis continetur.

§. II.

Igitur heredes *amore* atque caritate eliguntur. Sed quia ex occultis fontibus subinde hominum benevolentia nascitur; receptum est, etiam sub *conditione* a testatoribus recte institui heredes. Certe ignoscendum fuit benefico amico, qui, dum heredem optavit, experiri voluit mutuam eius, quem instituit, amici voluntatem, aut ipsi occasionem dare, vt, post mortem suam, luculento indicio comprobet amorem & studium in testatorem: neque accusandus est testator, qui, dum heredi consuleret, etiam aliis amicis prospicere voluit, apposita conditione: aut qui, propter obscuras consilii sui rationes, rem casui commisit. Ex his enim fere causis, enatae sunt *conditiones* institutionum. Enimuero, quandoquidem civili iure constitutum est, vt, *vti* paterfamilias de rebus suis *legauerit*, *ita ius esset* inter testamentarios heredes; placuit, illos, relictam testamento hereditatem adituros, a prætore cogi, vt agnoscant iudicium defuncti, eiusque voluntati obsequantur. Audiamus VLPIANVM, qui l. 19. D. de *condit. & demonstr.* itemque l. 35. §. 3. D. de *hered. instit. in conditionibus*, ait, primum locum *voluntatem* defuncti obtinere, eaque regi testamentarias *conditiones*, imo voluntatem defuncti *totam* rem absolvere, &, quid ille senserit, spectandum esse: itaque, quod l. 8. §. 7. D. de *condit. instit.* addit VLPIANVS, implendam omnino, *si possit*, defuncti voluntatem. Quapropter CELSVS etiam l. 59. §. 6. D. de *hered. instit.* observat, si testator ab euentu rerum incertarum voluerit pendere heredis institutionem, vt, si navis intra Kalendas ex Asia rediisset, heres esset; nihil peruenire ad heredem, si ille decesserit, priusquam navis ex Asia reuenteretur.

Igitur, si fieri possit, obtemperamus voluntati testatoris, & appositæ conditioni. Sed illud tamen expeditum est, *odiosas* esse *conditiones* institutionum, &, suadente naturali ratione, potius credendum, voluisse testatorem, vt iudicium suum exitum haberet, & bona eius peruenirent ad here-

des institutos: quam ut excluderentur illi, quos sua caritate suoque arbitrio elegit. Ita *VLP IANVS* philosophatur, l. 2. *pr. D. de condit. instit.* Ait enim, non videri *deficere* conditionem, nisi *evidentissimis probationibus* appareat, voluisse testatorem, ut hereditas heredi scripto, apposita conditione, auferatur. Quapropter idem ille alio loco, l. 10. *D. de reb. dub.* in *ambiguis* rebus humaniorem sententiam sequitur; & commodissimum esse docet, illud accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam infirmetur. Idem argumentum *GAIO* l. 73. *D. de hered. instit.* persuasit, ut si interpretatione conciliari possint verba testatoris, magis credat heredem *pure*, quam sub *conditione* institutum. Certe *POMPONIVS* l. 27. §. 1. & l. 67. *D. de hered. instit.* si in eodem testamento idem heres modo *pure*, modo sub *conditione* institutus sit, praeferendam esse credit scripturam plenioram, qua *pure* heres esse iubeatur. *MARCIANVS* etiam l. 52. §. 1. *D. de adqu. vel om. hered.* illum, qui solus institutus fuerit, sed ex parte *pure*, & ex parte alia, *cum conditione*, etiam pendente conditione, ex asse, si adeat, adquirere hereditatem: cum credibile sit, voluisse testatorem, ut heres *pure* succedat ex testamento in patrimonii relictæ vniuersitatem. Non dubito, ex eadem regula iuris deductum esse, quod *VLP IANVS* l. 21. §. 3. *D. de adqu. vel om. hered.* sufficere existimavit, conditionem, quæ *casu* regitur, *qualitercunque* extitisse, & adquiri hereditatem adeundo, quamvis heres *ignoret*, conditionem extitisse: ne aliæ ex aliis difficultates orientur in adimplenda ab heredibus conditione. Imo generatim idem *VLP IANVS* l. 17. §. 7. *D. ad Sctum Trebell.* si non appareat, utrum extiterit conditio, sed sit suspicio benigna, quod illa extiterit, magis dicendum esse ait, *extitisse* appositam conditionem.

§. III.

*Impossibiles
conditiones
habentur
pro non scri-
ptis.*

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, duram videri testatoris voluntatem, quæ sub conditione suspendatur: & si benigniorem sententiam admittat, illam merito in partem mitiorem trahendam esse, aut, si dubia fuerit interpretatio, conditionem pro impleta potius habendam. Quid vero faciemus in herede, cui non dura duntaxat, sed etiam *impossibilis* conditio adiecta. Enimvero veteres omnino, illos nugari, atque magno apparatu *nihil* agere crediderunt, qui impossibilia desiderarent. Illud certe in stipulationibus est observatum. *PAVLLVS* enim atque *VLP IANVS* l. 35. & l. 7. *D. de verb. oblig. conditionem impossibilem*, quæ in faciendum concipitur, stipulationibus obstare credunt, & quidquid actum fuerit, aiunt *inutile* videri. Neque multum ab impossibilibus *turpia* distare *PAVLLVS* l. 35. §. 1. *D. de verb. oblig.* atque *IULIANVS* l. 26. & l. 61. *D. eod. tit.* iudicauerunt: & infirmam censuerunt obligationem, quæ *contra bonos mores* contrahatur. Haud multo secus veteres de conditione *difficili* sen-

senferunt: modo ex *naturali impedimento* difficultas oriatur, id est, si generaliter sit difficilis, & impleri commode non possit. Ita enim subtiliter *VENULEIVS l. 137. §. 4. D. de verb. oblig.* distinxit. Certe *PAVLLVS* atque *VLPIANVS l. 4. §. 1. D. de statu lib. & l. 55. D. fam. hercisc.* conditiones *naturaliter difficiles*, quas *nemo facile implere possit*, *pene impossibiles* iudicauerunt, quas ne prætor quidem ratas esse patiatur, sed deferat in decernendo, ut *nihil actum* inter partes videatur. *f)*

Ita quidem visum est de actibus *inter vivos*, qui impossibilem conditionem continerent. Sed *ultimas defunctorum voluntates* solemus liberalius interpretari. Enimuero conditiones *impossibiles* in testamentis fere pro *non scriptis* accipimus & teste *VLPIANO l. 3. D. de condit. & demonstr. pro nullis* habemus: sed ipsam duntaxat institutionem simpliciter sequimur, quasi *pure* heres institutus esset, non apposita conditione. Nimirum probabili iudicio assequimur, non hanc fuisse mentem testatoris, ut in tanto tamque sollicito apparatu, quo ad condendum solemne testamentum se accinxit, omnino *nugaretur* & luderet cum testibus, atque *inutiliter* institueret heredem. Igitur seruamus heredis institutionem ex præsumpta testatoris voluntate. Sed in ipsa *conditione impossibili*, quam testator apposuit, nihil impedimento est, quo minus ipsum *luisse* arbitremur. Quapropter impossibilis conditio ita accipienda est, quasi illam *non serio* voluerit testator impleri ab herede. Lepide *RAEVARDVS g)* tradit, institutionem, sub conditione impossibili a testatore scriptam, ideo pro *non scripta* accipi, quasi *mendum* potius subesse videatur scripturae testatoris, aut, quasi a scriba potius male expressa fuerit voluntas testatoris, quam ut censeamus, *data ipsum opera*, illud quod fieri non possit, ab herede postulasse. Sed non est, quod ad ambages & fictionem scripturae vitiosae recurramus. *Iocatus* est testator in conditione, quam sciuit impossibilem futuram, & quasi tentare voluit solertiam & sapientiam heredis, utrum sciret discernere, quid ab ipso *serio*, & quid *per iocum* aliquem, desideretur. Solent interdum homines etiam bene in nos animati, & optime de nobis merituri, per iocum tentare constantiam amicorum. Ita *Q. FABIVS* aliquando cum filio ludebat. Enim vero ad filium consulem a senatu missus, equo non descendit; sed a lictoribus, iussu filii, submotus, confestim paruit, & : non ego, dixit, fili, summum imperium tuum contemsi, sed *experiri* volui, an tu scires consulem agere. *h)* Igitur *iocantur* interdum optimi amici, etiam inter serias & graues occupationes, neque tamen ipsum negotium, quod tractant, interposito ioco quodam, vitari arbitrantur.

G 2

Qua.

f) vid. GERARD. NOODT de usufructu lib. 1. cap. 19. *g)* RÆVARD. de reg. iur. ad l. 135. T. 1. opp. p. 388. *h)* VAL. MAX. lib. 2. cap. 2. §. 4.

Quapropter detrahitur heredis institutioni *conditio* impossibilis. Item in *turpibus* usu venit, testantibus PAVLLO, MARCIANO & PAPINIANO, l. 9. l. 14. & l. 15. D. *de condit. instit.* Parum abest, quin *ineptas* etiam & derisorias conditiones, tanquam per iocum appositas, neglexerint heredes. Illud enim ULPIANVS & MARCIANVS l. 14. §. 5. D. *de relig. & sumt. fun.* l. 113. §. 5. *de leg. 1.* & ALEXANDER l. 5. C. *de his, q. ut indign.* tradiderunt. Multa in illam sententiam V. C. MARQVARDVS FREHERVS ⁱ⁾ & RADVLPHVS FORNERIVS ^{k)} cum cura obseruarunt.

Satis, credo, intelligitur, pro *ioco* accipi omnino *impossibiles* & frigidæ *conditiones*, salua heredis institutione. Illud tamen meretur obseruari, aliquando opus fuisse prætoris interuentu, & causæ cognitione, priusquam dici posset, heredem, scriptum sub conditione impossibili, non inutiliter fuisse institutum. Interdum enim suspicionem *furoris* pariebat *impossibilis* & inepta *conditio* adiecta heredis institutioni: ut deliberaret prætor, vitrum valeret testamentum, quod, teste LABEONE l. 2. D. *qui testam. fac. poss.* omnino nullum est, si furore testatoris perturbetur. Tractauit eiusmodi speciem MODESTINVS l. 27. D. *de condit. instit.* Nimirum testator amicum sub conditione, *si reliquias eius in mare abiiciat*, testamento scripserat heredem. Sed monet MODESTINVS, antea inspiciendum, ne homo, qui illam conditionem posuerit, *non compos mentis* fuisse videatur: & *perspicuis* rationibus illam suspicionem esse amouendam docet. Sed amoueri potuisse suspicionem NASO ^{l)} comprobatur, qui testis est, idem aliquando Achiuos Herculis comites ab heredibus desiderasse:

*Sæpe tamen patrie dulci tanguntur amore;
Atque aliis moriens hoc breue mandat opus:
Mittite me TYBERI: Tyberinis veltus ut undis.
Littus ad Inachium pulvis inanis eam.
Displicet heredi mandati cura sepulchri.
Mortuus Ausonia conditur hospes humo.
Scirpea pro domino Tyberi iactatur imago,
Ut repetat Graias per freta longa domos.*

Ex quo loco intelligitur, etiam ineptis conditionibus heredes, ultimæ voluntatis veneratione, imaginario interdum obsequio obtemperasse. Sed, si furoris suspicio amoueatur, MODESTINVS censet, *caussa cognita*, laudandum etiam heredem, qui reliquias testatoris, secundum eius voluntatem in mare non abiecerit, sed, memoria humanæ conditionis, illas tradiderit solenni sepulturæ; neque, si hoc fecerit, heredem scriptum controuersiam passurum a legitimo herede.

Nemo

ⁱ⁾ MAQV. FREH. verisimil. lib. 1. cap. 26. ^{k)} RADVLPH. FORN. lib. 6. rer. quotid. cap. 29. in thes. Otton. part. 2. p. 311.

^{l)} OVID. fast. lib. 5. v. 653.

Nemo igitur dubitat, si furoris suspicio non subnascatur: contemni *impossibiles & ineptas* etiam conditiones institutionum. Sed plerumque tamen, si quid tale incidat, *prætor* desiderabitur, atque *caussæ* aliqua *cognitio*, ut constituatur, utrum sit omnino impossibilis & penitus inepta conditio, quam testator voluit ab heredibus impleri. Caue enim existimes, semper heredis esse iudicium, utrum implenda conditio, an contemnenda videatur. Enimvero de quibusdam prætor *simpliciter* edixit illas *impossibiles* aut *duras* aut impossibilibus proximas videri. Sed hae quidem, *caussæ* non desiderant cognitionem. Huc omnes illæ pertinent, quæ *natura* simpliciter impleri *nequeunt*, aut *generaliter* a prætore ob turpitudinem quandam & difficultatem reprobantur: tales enim docente *VLPIANO l. 8. D. de condit. instit. ipso iure* pro non scriptis merito habentur. *PAVLLVS* etiam, quæ *naturali rationi*, & bonis moribus aperte aduersentur, & pietati, quam parentibus iure gentium debemus, aut hominis ingenui officio graues sint, & penitus molestæ, simpliciter *remittendas* esse censeat, *l. 9. D. de cond. instit.* Sed alia ratio ineunda est, si *dubitetur*, utrum insit quidquam turpitudinis naturalis atque noxiæ difficultatis. Igitur, de his adeundus erit prætor, ut *caussa cognita remittat* has conditiones. *GAIVS* enim *l. 63. §. 10. D. ad Sct. Trebell.* si quis nomen testatoris ferre ex eius voluntate, quasi turpius & inhonestius, recuset, adiri prætorem iubet, ut de hoc *cognoscat*. Recte enim heredem facere, si expleuerit conditionem, cum nihil habeat difficultatis, assumere nomen hominis honesti. Sed si ex quadam causa heres recusauerit, *IULIANVS* ait, ipsi subinde *remittendam esse* conditionem, & permittendas actiones utiles heredi, aut dandam etiam bonorum possessionem secundum tabulas, si visum fuerit prætori. Imo vero idem *GAIVS*, *l. 63. §. 7. D. eod. tit.* etiam in *difficilibus* conditionibus locum facit arbitrio prætoris, in primis, si fideicommisso oneratus fuerit heres sub conditione institutus: cum illud durum videatur, ad implendam conditionem difficilem, propter fideicommissarii emolumentum, heredes institutos cogi a prætore. *m)*

Haud aberrabo facile a recto, si affirmem, etiam illam speciem, quam tractauit *VLPIANVS l. 6. D. de condit. instit.* pertinere ad prætorem, & heredi non nisi *caussa cognita remitti*. Ait enim *VLPIANVS*, cum quis ita institutus sit: si monumentum eius *in triduo* proximo post mortem testatoris fecerit: & monumentum in triduo perfici non possit, *quasi impossibilem evanescere conditionem*. Sed quis non videt, *facti* quæstionem esse, an impleri possit intra definitum tempus conditio, adeoque de illa cum cognitione *caussæ* decernendum esse: nec tam conditionem institutioni, quam

G 3

con-

m) Optime illam legem a criticorum ineptiis vindicauit *HENRICVS A SVBRIN* repet. lect. iuris cap. 8. in thesaur. Otton. part. 4. p. 19.

conditioni temporis adiectionem, causa cognita, & iudicio prætoris, detrahendam.

§. IV.

Quid si conditio ob causam impleri nequeat.

Conditiones ergo institutionum, quod adhuc comprobarum est, omnes videntur *odiosæ*, & si fieri hoc possit, interpretatione *mitigantur*: imo quædam habentur pro *non scriptis*, aut certe, propter insignem aliquam difficultatem, a prætore *remittuntur*. Restat, ut de illis exponamus, quæ natura sunt possibiles, & nisi quid *accidat*, in *potestate* sunt heredis. Nostræ artis magistri illas *potestatiuas* appellare solent. Quarum illæ quidem, quæ in *dando*, aut in *faciendo*, consistunt: nihil differunt a *mixtis*, quas IUSTINIANVS l. un. §. 7. C. de caduc. toll. excogitavit, & quas tam facto hominis, quam casu quodam, regi arbitratur. Omnes enim *conditiones positiuæ* opportunitatem aliquam desiderant: qua, si careamus, nulla est in nobis præstandi illius, quod a nobis petitur, officii facultas. Enimvero si quis heres scriptus sit, si aliquid *dederit*, aut si quid fecerit, frustra laborabit, nisi sit aliquis, cui dari possit, aut occasio, illud faciendi, quod ab ipso postulatur. Hæc igitur, si *casus* quidem oblistat, quo minus impleri possint, videamus an *pro impletis* habeantur. Eleganter VLPIANVS l. 2. D. de condit. & demonstr. in eiusmodi conditionibus non *fatum* aliquod expectari ait, sed desiderari *obsequium* heredis. Imo vero, si MARCELLVM l. 23. D. de condit. instit. audias, videtur heres voluntati testatoris obtemperasse, si *per illum non steterit*, quo minus defuncto obsequatur. Generaliter enim, ait MARCELLVS, hæc conditio, si *dederis*, si *feceris*, ita accipienda est, si *per te non steterit*, quo minus des aut facias. Abscisse VLPIANVS l. 135. D. de reg. iur. ea, ait, quæ *dari non possint*, quia nemo sit, cui illa dentur, *impossibilia* videri, & pro non adiectis accipienda esse. Quæ sententia habet rationem: cum, si heredis obsequium *casu* *mero* impediatur atque perturbetur, res veniat in illum casum, unde *incipere* non potuisset. Fac enim, casum illum, ab initio, cum conderetur testamentum obsticisse, ut: si testator heredem te esse iusserit, si Titio centum dederis, qui iam mortuus erat, cum testamentum conderetur. Nemo dubitat, ab initio conditionem *impossibilem* appositam fuisse. Nihil vero intererit, ab initio sit impossibilis, an ex post facto in illum casum incidat, a quo incipere non potuisset adiectio conditionis. Vtrumque enim perinde accepit MARCIANVS l. 3. §. 2. D. de his, quæ pro non script. hab.

Neque multum oblectabantur interpretes, quo minus impleta videatur *conditio*, quæ *facto hominis* & personæ impeditur, si heres sit paratus ad obtemperandum. In illa enim specie veteres omnino omnes consenserunt. IAVOLENVS certe, l. 40. pr. D. de condit. & demonstr. conditioni, cui heres intra certum tempus parere iussus erat, illos dies non imputari

tari ait, quibus illum vicinus via publica prohibuit, cum ille ire vellet, ut pareat conditioni: cum per illum non staret, ut testatoris voluntati obsequeretur. Speciem non multo abfimilem tractavit AFRICANVS l. 31. D. eod. tit. Testator enim iusserat heredem, Titio centum dare, si Seiam duxerit uxorem; & respondit Iureconsultus: muliere nolente nubere, cum ipse paratus esset, legatum Titio deberi, quasi impleta eius obsequio conditione. Eandem regulam iuris IULIANVS l. 11. de condit. instit. secutus est; cum Titius se nollet arrogandum dare filio, quem pater sub conditione arrogationis scripserat heredem: enimvero heres erit filius, qui adoptare voluerat, quasi expleta testatoris voluntate. Oleum perderem, si omnes illas species enarrare susciperem, de quibus veteres in hunc modum responderunt. Vna meretur indicari, quæ sæpius obuenit, & de qua omnes in eandem sententiam, in tanta veterum dissensione, conuenerunt. Titius scriptus erat heres, si statuas in municipio posuisset. Sed SABINVS & PROCVLVS & POMPONIVS l. 14. D. de condit. instit. heredem eum fore responderunt, si paratus esset statuas ponere, quamuis a municipibus ipsi locus non daretur.

Ergo constat inter omnes, si facto personæ aliquis prohibeatur, ne restatori obtemperet, conditionem haberi pro impleta. Sed de illa specie dubitant, si non tam facto hominis voluntario, quam a casu potius, & ipsa quodammodo fortuna impedimentum aliquod obiciatur, quo minus heres obsequatur testatori. Quidam enim tunc deficere conditionem censuerunt, cum diuino quasi iudicio, & casu heres excludatur. Inter illos eminet NERATIUS, qui l. 6. §. 1. D. de condit. & demonstr. heredem, qui seruos quosdam manumittere iussus erat, quibusdam ex his mortuis, respondit, deficere conditione: neque enim, parere possit conditioni, an minus, æstimandum esse, sed sufficere, conditionem hanc non extitisse. At vero nihil me mouet, quo minus existimem, extitisse conditionem, & expletam esse, quam casus prohibet impleri. Si auctoritatem veterum desideras, audiamus POMPONIVM l. 6. §. 1. D. de condit. & demonstr. qui LABEONEM etiam, & SERVIVM & SABINVM & CASSIVM in partes aduocauit. Adscribam verba POMPONII, ut plenius intelligantur. „Quidam scripserat „testamento: si filia et mater mea viuent, Titius heres esto: SERVIVS „respondit: altera iam mortua, heredem non deficere conditione: idem „apud LABEONEM scriptum est. SABINVS quoque & CASSIVS dixerunt quasi impossibiles eas condiciones pro non scriptis esse: quæ sententia admittenda est. Igitur explosa NERATII sententia impletam censuerunt conditionem, quæ morte hominis & casu interuertitur. Idem VLPIANO l. 11. §. 11. D. de leg. 3. in mentem venit, cum fideicommissum cuidam ita relictum esset: si morte patris sui iuris fuerit effectus: quamuis enim ante mor-

mortem patris emancipatione sui iuris effectus esset, *VLPIANVS* credit *non deficere* conditionem; sed, cum mors patris contingat, *quasi extante* conditione, illum ad fideicommissum esse admittendum. Non dissentit *PAVLLVS* l. 28. D. *de cond. & demonstr.* quamvis strenuus defensor ultimarum voluntatum. Ait enim, quendam filiae suae ita legauisse, si *TITIO* arbitrato nupserit: sed, *mortuo Titio*, conditionem eius arbitrii exclusam: itaque filiam nupsisse: sed nihil ob stare, quo minus ei legatum debeatur. Occurrunt eiusmodi species complures, quas non vacat omnes indicare. Nemo enim dubitabit, testatorem, qui *serio* voluit illum heredem esse, quem sub conditione scripserat, sed desiderauit tantum obsequium heredis, ipsi remittere conditionem, si heres *casu* aliquo prohibeatur. Enimuero si *VLPIANO* atque *PAVLLO* l. 4. & l. 18. D. *de acqu. vel om. hered.* fidem habeas, non videtur *nolle*, qui *non potest*: & frustra heredis obsequium desideratur, cum res ipsa impedimento est, ne heres obtemperet defuncto. Certe æquitati prætoris locus erit, ut conditionem, quæ impleri nequeat, heredibus remittat.

§. V.

*Dubitatio-
nes ex lege
aduersa enu-
sæ diluun-
tur.*

Res non egeret disputatione, nisi illis, quæ adhuc enarrata sunt, *AFRICANVS* l. 31. D. *de condit. & demonstr.* pertinaciter & grauius obloqueretur. Ait enim, illi, cui legatum erat sub conditione, si *Seiam duxerit*, cum *Seia moriatur*, deficere conditionem: & legatum non deberi. Contra, *POMPONIO* qui visum est, l. 54. §. 2. D. *de leg. 1.* peti posse legatum docet, si *serui mors* impediuisset manumissionem, quamvis legato adscripta esset conditio: si *seruum manumississet*. Manifesta est dissensio: sed faciamus periculum, an illos reducere in gratiam possimus. Mihi quidem videtur *AFRICANVS* de eiusmodi specie sensisse, in qua *manifestis probationibus* constaret, testatorem a *casu* & euentu nuptiarum, legatum suspendisse. Enimuero, si illud appareat, non dubitatur, obsequendum esse voluntati testatoris, qui potuit hanc vnicam habere rationem institutionis, ut *Seiæ* consulere per nuptias heredis. *VLPIANVS* enim l. 2. D. *de condit. instit.* quod supra observatum est: monuit, si *euentissime* comprobaretur, *casui* commissam a testatore conditionem institutionis: deficere conditionem, si casus non ex voto euenisset. Sed *POMPONIVS*, de voluntate *ambigua*, & si nihil de casu testator addidisset, disputauit, censuitque non facile credi posse, conditionem pendere ab euentu, sed sufficere, si heres, quantum per se steterit, obtemperet conditioni appositæ a testatore. Quod si tibi non placet, non resistam quod dicas, *AFRICANVM* de iure stricto respondisse, & hanc eius mentem fuisse, quod hæc conditio non *ipso iure* pro *non scripta* habeatur; contra iudicasse *POMPONIVM*: a prætore *conditionem* heredi remittendam si appareat, sine culpa heredis conditionem *pene*

im-

impossibilem videri. Quod quando fieri possit, supra fuit indicatum. Hoc modo si vterque intelligatur, nulla inter AFRICANVM & POMPONIVM controuersia. Alia medicina, quam huic loco adhibeam, non suppetit.

XXIII.

OBSERVATIONES MISCELLAE
DE MONVMENTO
SECVNDVM VOLVNTATEM
TESTATORIS FACIENDO.

AD LEG. XIV. §. VI. D. DE RELIG.

VITEMBERGAE, AD D. OCT. A. Q. S. P. E. MDCCXXXV.

§. I.

Monumenta nemo dubitat memoriæ causâ inprimis fieri? quando-
quidem, quod CICERO ait, ^{a)} & ex illo NONIVS MARCELLVS obser-
uat, ^{b)} quæ *monumenti* sit ratio, nomine ipso admonemur: ad *memoriam* causâ sunt
enim magis spectare debet posteritatis, quam ad præsentis temporis gratiam. ^{c)} *religiosa*
Idem etiam nostræ artis magistris placuit. VLPIANVS certe l. 2. §. 6. D. *sepulchra fa-*
de relig. monumentum est, inquit, quod *memoriæ* seruandæ gratia existit. *uorabilis et*
Imo generaliter, quod ait FLORENTINVS l. 42. D. *de relig.* monumentum *iam illorum*
est res *memoriæ* causâ in posterum prodita, in qua, si corpus & reliquiæ *ædificatio.*
inferantur, fiet sepulchrum; si vero nihil eorum inferatur, erit monumen-
tum memoriæ causâ factum, quod Græci *νενοτάφριον* appellant. Inprimis
autem & *κατ' ἐξοχήν*, quod dicunt grammatici, si VARRONEM audiamus ^{c)}
quæ in *sepulchris* sunt, *monimenta* appellantur. Et ideo secundum viam
extruuntur, ut prætereuntes *admoneant*, & se fuisse, & illos esse morta-
les. Ab eo cetera, quæ scripta ac facta *memoriæ* causâ, *monimenta* dicta.
Hinc fere ICI ipsa sepulchra mortuorum *monimenta* appellarunt, & MAR-
CIANVS l. 4. D. de *rer. diu.* illos, qui ad litus accedant, iubet ab ædificiis
& *monimentis* abstinere, quia non sint iuris gentium, sicut mare, sed di-
uini

a) CIC. epist. 2. ad Cæs. quod Scipio Gentil. orig. ad pandect. v. monumentum, in-
dicauit, in Ottonis thes. T. 4. p. 1892. b) NON. MARCELLVS de propriet.
sermonum, c. l. n. 136. c) VARRO de lat. ling. L. V. c. 6. p. m. 38.

nini iuris habeantur. MARCER tamen l. 37. §. I. D. *de relig.* feiungit a sepulchris *monimenta*: & illepide, quod aliquando nostris, in indagandis verborum originibus accidit, *monumentum* esse credit, quod causa *munienti* eius loci factum, in quo corpus sit impositum; vt: si amplum quid ædificari iusserit testator, veluti in circum porticationes: vt sepulchra *muniantur*. Diuellit etiam aliquando VLP IANVS *monimenta* a sepulchris: sed eodem tamen iure vtraque censer iubet, vt facere sepulchrum, *sive* monumentum, nemo facile prohibeatur: cum *religionis* intersit, illa exstrui, & exornari, l. 1. §. 6. & 7. D. *de mort. inf.* Certe *sepulchra* & sepulchrorum *monimenta* memoriæ inprimis causa ornabantur. Ipsi lapides aquod GRUTERVM *pia* se *memoriæ*, *æternæ memoriæ*, *dulcissimæ memoriæ* consecratos esse profitentur.

Quapropter cum ad posteritatem pertinere crediderint veteres, *memoriam* defunctorum *monumentis* consecratam; mirari non debemus, illos fauere ornamentis sepulchrorum, atque illos defendere, qui in monumentis vel condendis vel reficiendis occupantur. TULLIVS quidem d) voluptatis etiam cuiusdam fructum post mortem ad se peruenturum sperat ex memoria posteritatis, &, quod homines gloriosi solent, se tantos labores diurnos nocturnosque domi, militiæque, suscepturum non fuisse, ait, nisi animo viderit, posteritatem ad se pertinere posse, seque non iisdem finibus gloriam suam, quibus vitam, terminaturum esse: sed animum suum se erexisse, quasi, cum excessisset e vita, tunc denique victurus esset. Imo vero HORATIO FLACCO eandem gloriam sectanti e) ne æs quidem & marmora sufficiunt, sed tunc demum plaudit sibi, cum exactum esse putat.

— — — *monimentum ære perennius*
Regalique situ pyramidum altius,
Quod non imber edax, non aquilo impotens
Annorum series, & fuga temporum.

Quod studium, quamuis plerumque sit cum vanitate aliqua coniunctum & ineptum videatur, sollicite de rebus illis cogitare, quæ nec felicitatem veram pariunt, nec si aliquam parerent, illam nobis parerent, qui illarum rerum, quæ de nobis in his terris fiunt, sensu vix post mortem nostram attingemur; quia tamen posteritatis interest, virtutem, in illustri positam monumento, quod LIVIVS ait f) intuendam posteris proponi, *mereantur fauorem* quendam sepulchra atque monumenta mortuorum. Enimvero habent aliquid, nescio quid, maiorum imagines, & conspectæ virtutis vestigia in monumentis veterum expressa, quod mirifice animos concitat, atque implet insignium facinorum quæ alias facile obliterantur, memoria, atque ad

d) CIC. de senect. circa fin. p. m. 557.
in præf. op.

e) HORAT. III. carm. 30.

f) LIV.

ad imitationem priscae virtutis prouocat subinde, & quasi quibusdam facibus accendit. Certe *magis fauendum* esse monumentis credo, quæ perpetuos habent quosdam stimulos, & *posteritati* etiam prodesse possunt, quam næniis & lamentationibus, & ceteris quibusdam solennibus funerum, quæ pleaque ad *præsentem* duntaxat *luctum* minuendum pertinent, & cum pompa præterit, vim suam perdunt, atque vicissitudine multarum voluptatum confestim opprimuntur. Profecto, si non temere veteres, qui ius ciuile condiderunt, g) honoratorum virorum laudes in concione memorandas, easque etiam ad cantus & tibicinem prosequendas esse, & laudis ornamenta ad mortuos pertinere, censuerunt: h) quæ inuidia est, etiam posteros commemoratione virtutis, loquentibus lapidibus, & *monumentis* laudum, concitari. Conqueritur TULLIVS i) aliquando, olim illius rei minimam fuisse cupiditatem, & hinc accidisse, vt non ita multa maiorum exempla reperiantur, quæ ad virtutis æmulationem pertinerent.

Igitur, qui monumenta mortuis faciunt, serunt *arbores*, quæ *alteri seculo* prodesse debeant, quod apud TULLIVM alio loco, k) ait STATIVS in Synephebis. Ita certe prætori visum est, qui teste VLPIANO l. i. §. 5. & 6. D. de *mort. infer.* illo in loco, in quo ius est mortuum inuito altero inferre, quo minus sepulchrum *ædificare* liceat, vim fieri vetuit: cum rei publicæ & religionis interfit, *monumenta* exstrui, & *exornari*: adeoque nemo prohibendus sit in loco, in quo ei ius est, facere sepulchrum, siue *monumentum*: imo vero non solum, qui nouum opus *memoriæ* causa molitur, sed etiam, qui illud, quod imperfectum videatur, perficere velit, aut *reficere*, quamuis mortuus iam antea illatus sit, defendendum esse ait VLPIANVS d. l. i. §. 9. & l. 5. pr. D. de *mort. inf.* & MARCIANVS l. 7. D. de *sepulch. viol.* etiam *corruptum* & *lapsum monumentum*, corporibus non contactis, restituere, aut, ornamentis causa, aliquid immittere & adicere permittit, cum, qui hoc faciat, non solum pio atque dulci, sed etiam profuturo in posterum officio, defungi videatur, & teste VLPIANO, l. i. §. 2. D. *ne quid. in loc. sacr.* ornamentis causa etiam in sacris & religiosis locis aliquid facere liceat, modo non ad deformitatem aut incommoditatem immittatur.

Ceterum *monimenta* quæ sepulchro iniecta sunt, & cum illo cohærent, religiosa sunt, & religione loci attinguntur: vt teste IAVOLENO l. 4. D. *commun. prædior.* nec seruitutem recipiant, sed desinant humani iuris esse *monimenta*. De *statua*, quæ monumento neque adfixa neque adplumbata fuerit, dubitatum, an in bonis nostris maneat, an pars monumenti effecta esse videatur. Sed CELSVS l. 2. D. de *sepulch. viol.* scribit,

H 2

sic

g) circ. de LL. L. II. p. m. 450.

RITTERSHVS. ad XII. tabb. c. 15. p. 35.

h) circ. l. c. 450.

i) Id. de LL. L. II. p. 450.

k) Id. de senect. p. 545.

sic esse monumenti, ut ossuarium, quo ossa & reliquiae contineantur: generatim enim, quod *VLPIANVS* ait, l. II. §. 2. D. *quod vi aut clam*, si qua sepulchri ordinandi causa posita sint, iure continentur.

Sola *hostium* sepulchra *PAVLLVS* l. 4. D. de *sepulch. viol.* excipit, & non religiosa esse docet, hinc lapides inde sublatos in quemlibet usum converti permittit. Sed ex aliis, docente *VLPIANO* d. l. 2. D. de *sep. viol.* & l. II. §. 2. D. *quod vi aut clam*, si statua euulsa, aut etiam ablata, quamvis non cohaerit, aut ostium etiam effractum, cessabit *lex Aquilia*, quia res non est in bonis nostris, sed interdicto, *quod vi aut clam*, agendum erit, quod omnibus competit, quorum interest, rem vel in publico, vel in sacro, vel etiam religioso positam non tolli, aut corrumpi, d. l. II. §. 1. seq. *quod vi aut clam*. Nemo vero dubitat, *heredum interesse*, ut monumenta, in primis hereditaria, integra seruentur. *POMPONIUS* enim l. 7. D. de *annuis legat.* id affirmat, idemque *VLPIANVS*, l. 18. §. 2. D. *fam. hercisc.* quia ius monumenti sequitur heredes. De quo argumento deinceps locus erit exponendi. Certe etiam *hodie* hoc iure utimur; postquam expeditum est, sepulchra publico & ecclesiae quodammodo iure contineri: quandoquidem non solum priuatorum, sed reipublicae etiam interest, ne quis in rebus, quas constat, publica auctoritate regi & defendi, quidquam temere omnino moliatur, aut per invidiam & petulantiam corrumpat.

Illud expeditum est, praeter extraordinarias persecutiones, & publicam animaduersionem, aduersus illum, qui monumentum hereditarium corrumperit, aut ex illo aliquid sustulerit, interdicto, *quod vi aut clam*, heredes efficaciter experiri.

Generatim serenissimi *Saxonum* legislatores fauent dormitoriis, atque ut ornentur atque muniantur, & ab omni iniuria defendantur, pie & severe praecipunt. Saepe enim ita, & in primis *art. gen. 15.* constitutum, *Auff daß auch die Kirchhöfe allenthalben, ehrlich und rein, als ein Schlaf-Haus derer Christen, so am jüngsten Tage von Christo auferwecket, und selig gemacht werden sollen, gehalten, So sollen dieselben mit Mäuren, Balcken, Zäunen und Thüren verwahret, und vorm Viehe allenthalben mit Fleiß vermachtet werden.* Ut intelligatur, aduersus omnem iniuriam, quae monumentis fiat, remedia liberaliter concedi.

§. II.

Utrum sum- Fauent igitur, & praetor, & pleraque gentes, sepulchrorum monu-
tus in monu- *mentis*, & memoriae demortuorum. Sed *utrum necessaria* esse videantur
mentum fa- monumenta, atque an sumtus monumenti causa facti *impensis funeris* & *ne-*
eti impensis *cessariis*, contineantur, dubitatione non caret. Ergo videamus.
necessariis &
funeris con- *impensam monumenti* causa factam deduci ab herede, in quartae Falcidiae
tineantur. in-

ineunda ratione; si *necessarium* fuerit, monumentum exstruere defuncto. Itaque agnoscit, & *necessarium* quandoque esse monumentum, & hoc sumtus *ære alieno* contineri. Neque vero dubito, quin *ÆS SABINVS* illud *alienum*, quod *funeris causa* quasi contrahitur, intelligat adeoque concedat ad *impensas funeris* hos sumtus pertinere. Monet enim *VLPIANVS*, l. i. D. de *religios.* non solum illum, qui *in funus*, sed etiam, qui *propter funus*, aliquid impendit, non tam cum herede, quam *cum defuncto*, *contrahere* videri: adeoque has impensas ad *æs alienum defuncti* pertinere. Sed idem ille *VLPIANVS* l. 14. §. 3. & 4. D. de *relig.* hunc demum sumtum *funeris causa* factum esse agnoscit, qui *necessario* factus esse videatur, & sine quo funus duci facile *non possit*. Itaque recte *MARCELLVS* sumtum *monumenti necessarium*, *funeris impensam* voluit censer.

Necessarii ergo *monumenti* sumtus ad *impensas funeris* pertinent. Sed *laxius* tamen interpretatur hanc *necessitatem* *VLPIANVS* d. l. 14. §. 3. 4. & 13. D. de *relig.* & ne quidem meram *negotiorum gestorum* actionem, quæ propter omnem *utilitatem* alterius procuratam datur, in exigendis *funeris expensis* imitandam esse censet, sed iudicem *solutius* æquitatem sequi iubet; cum hoc natura actionis *funerariæ*, quæ propter impensas funeris proponitur, omnino pati videatur. Itaque &, si quid in *locum* fuerit erogatum, aut ut corpus perferretur, aut ad custodiendum corpus, atque commendandum, denique si quid in *marmor* vel vestem fuerit impensum, *funerariæ* actioni locum esse credit. Ut dicamus, quod res est, *ultra necessitatem* porrigitur *funeraria* actio, & omnia complectitur: quæ quis funeris causa *merito* fecisse videatur: ut non solum sit *non adstrictior*, sed, ut etiam, quod diximus, multo sit *solutior* potestas iudicis in actione *funeraria*, quam in *negotiorum gestorum* actione. Generatim enim, quem sæpius testem inuoco, *VLPIANVS* l. 14. §. 6. D. de *relig.* ex *bono & æquo* ait *funerariam* oriri actionem. *Æquum* autem ex *dignitate* eius, qui funeratus sit, ex *caussa*, ex *tempore*, ex *bona fide* æstimari.

Igitur *dignitatis* in primis ratio habetur, in constituendis funeris impensis. Qua propter recte idem *VLPIANVS* docet, ob hanc æquitatem illum sumtus non recipere, qui sumtum *nimis modicum* fecerit, forte *in contumeliam* locupletis hominis defuncti: nam non debet iudex, inquit, illius rationem habere, qui *contumeliam* defuncto fecisse videatur, negligentius eum funerando. l. 14. §. 10. D. de *relig.* Qua re dubitare non poteris, quin aliquando *funeris causa* aliquid impendi possit, quod non sit omnino *necessarium*, & quod comparci potuisse videatur; & admitti inter funeris impensas sumtum *monumenti*, si ratio *dignitatis*, aut hominis diuitiæ, aut aliorum eiusdem ordinis exempla, postulerent, ut monumentum exstruatur: quia non sine quadam contumelia, & rubore posterorum, defun-

Etus illo memoriæ honore carere posse intelligatur. Aperte MACER l. 37. D. *de relig.* profitetur, *funeris sumtu* contineri, quod *in monumentum* erogatum; sed id solum excipit, quod cum ostentatione quadam, aut *ultra consuetudinem* hominum eiusdem ordinis ædificetur. Ait enim, „*monumentum* esse, quod muniendi eius loci causa factum sit, in quo corpus sit impositum.,” Neque enim est locus disputationi, quin docente VLPIANO, quidquid in parandum atque defendendum locum, in quem mortuus inferatur, vel in *marmor* erogatum sit, *funeris causa* sumtus factus esse videatur, l. 14. §. 3. & 4. D. *de relig.* Igitur secundum MACRVM, sumtus monumenti, quod sit loci muniendi causa, id est, quod sepulchro imponitur & comparatur secundum dignitatem & facultates defuncti, & secundum consuetudinem, pertinent ad *funeris* impensas. Sed pergit MACER d. l. 37. §. 1. D. *de relig.* Igitur, si, quid *amplum* ædificari testator iusserit, veluti in circum porticationes, certum est, illas *non esse funeris expensas*. Quod omnino habet rationem; cum etiam VLPIANVS l. 14. §. 6. D. *de relig.* præcipiat, in funeris procuratione, non sequendam esse defuncti voluntatem, si res egrediatur *iustam* sumtus rationem, ideoque impensis funeris non imputari res, quæ *ultra modum* sine causa consumantur. Illud certe apparet, MACRVM duntaxat *amplum* aliquod & singulare monumentum, ex testatoris desiderio, cum sumtu magnò, *ultra consuetudinem*, ædificandum, excipere, quo minus impensæ illius monumenti inter funeris impensas referantur. In reliquis nihil mutat MACER, & casu unico excepto, confirmat iuris regulam, ut monumenta sint pars sepulchri, & quæ in sepulchrum eiusque partes atque ornamenta more maiorum, & provinciae, impenduntur, inter sumtus funeris admittantur.

At vero teste VLPIANO l. 1. §. 19. D. *ad L. Falcid.* vnice resistit MARCELLVS noster, qui negat ædificationem monumenti in ære alieno deduci posse ab herede, dum quartæ Falcidiæ init rationem. Audiamus VLPIANVM qui SABINVM & MARCELLVM inter se committit. Verba VLPIANI: „de impensa, *monumenti* nomine facta, quæritur, an deduci debeat? & „SABINVS ita deducendam esse putat, si *necessarium* fuerit, monumentum „extruere MARCELLVS, consultus, an funeris, & *monumenti* impensa, „quantam testator fieri iussit, in ære alieno deduci debeat? respondit, *non „amplius* eo nomine, quam *quod funeris causa consumtum esset*, deducendum. Nam eius, quod *in exstructionem monumenti* erogatum, diuersam „esse causam: nec enim ita monumenti ædificationem *necessariam* esse, ut „sit funus, atque sepulchrum: idcirco eum, cui pecunia ad faciendum monumentum legata sit, Falcidiam passurum.,” Imo vero pergit MARCELLVS l. 2. D. *ad L. Falcid.* non amplius concedendum, quam quod sufficiat ad *speciem modicam* monumenti.

Videntur ergo Icti aduersis frontibus inter se pugnare, & MARCELLVS etiam cum MACRO, quem supra interpretatus sum, controuersiam exercere. Sed dabimus operam, vt in gratiam & consensionem reducantur. Mihi videntur disiungi verbis, sed, si rem vere æstimes, in eandem sententiam SABINVS atque MACER & MARCELLVS conuenire. Enimvero MACER & SABINVS sumtus *monumenti necessarios* admittunt, vt in *ære alieno* deducantur, atque inter funeris impensas referantur; sed *necessitatem* liberalius interpretantur, atque ex *utilitate* propemodum, solutius quam in negotiorum actione, seu, quod idem est, ex *æquitate*, ex dignitate eius, qui funeratus est, ex causa, ex tempore æstimant, & maxime ex *bona fide*. Pariter MARCELLVS *modicam* quidem speciem, vt Macer & Sabinus, concedit; sed consultus, vtrum impensæ etiam *non modicæ*, ex testatoris voluntate factæ, in ære alieno deducantur? negauit illas esse *funeris impensas*; cum constet, impensas funeris ex dignitate, & tempore & consuetudine, ex æquitate, non ex inepta voluntate, aut prodigalitate testatoris æstimari.

Igitur omnes consentiunt, sumtum *modicum*, ex æquitate, monumenti causa factum, *funeris impensas* contineri; sed non admitti impensas quæ ultra modum, quamuis ex voluntate testatoris, factæ videantur. Eandem regulam iuris sequitur PAPINIANVS l. 50. §. I. D. de *hered. petit.* atque etiam contra creditores, aut heredes ab intestato, bonæ fidei possessori, cui hereditas aufertur, concedit *retentionem impensarum*, quas ille, conditionis implendæ gratia in *monumentum* fecerit, si sumtus *probabilem modum* faciendi monumenti, vel *quantum testator* iusserit; non excedat; cum *doli mali* exceptione defendi possit, qui obtemperauerit voluntati testatoris. Imo vero actione *negotiorum gestorum* quasi *gesto negotio hereditario*, repeti posse impensas monumenti causa factas, docet. Igitur, concessa *negotiorum gestorum* actione, quasi *gesto hereditario negotio*, non dubito, etiam funerariam actionem concedi posse ob impensas in *monumentum* factas; cum ipsa *funeraria* sit solutior illa *negotiorum gestorum actio*, quæ propter funeris expensas ex *bono & æquo* illis datur, qui funeris procurationem susceperunt. Ne quis supersit locus dubitationi, CELSVS l. 42. de *leg. 3.* etiam *monumenti* sumtus refert ad *communia onera* heredum, & si testator monumentum exstrui voluerit, nisi alia fuisse voluntas intelligatur, ab *utroque herede* monumentum, ex hereditariis portionibus, instruendum esse censet: quia æquum videatur, & heredibus omnibus incumbat, vt monumentum memoriæ bene meritorum causa ab heredibus ædificetur.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, sumtus *modicos*, *monumenti* causa factos, repeti inter *funeris expensas*, propter æquitatem; ne
de-

defunctus contumelia afficiatur. Neque tamen multum aduersabor, si quis dixerit laxiorem esse potestatem heredis, qui locupleti homini succedat, & legatarius duntaxat impensas monumenti deducat inter æris alieni rationes; sed strictiorem sequendam rationem, si heres cum creditoribus defuncti, litiget, qui de damno vitando & de periculo laborant. *Augustissimus Saxonum legislator* §. 3. tit. 42. *ord. proc. recogn.* impensis funeris, quæ pro facultatibus defuncti factæ sunt, *prærogatiuam* inter creditores quidem concedit, & in prima classe tertio loco illud debitum exsolui liberaliter permittit; sed quæ sint funeris impensæ; & quæ sit summa probabilis defuncti facultatibus conueniens, iudicis arbitrio relinquit: *Die Begräbnis-Kosten nach dem Zustand des Schuldners Vermögen, und des Richters Ermäßigung.* Dignum videtur argumentum, ut, in quo versetur illud iudicis arbitrium, diligentius tractemus.

§. III.

*Qua forma
monumenta
exstrui de-
beant.*

Quandoque igitur *necessarium* videtur monumentum, si, sine contumelia defuncti & dedecore posterorum, non omitti possit procuratio illius ornamentum. Sed *qua forma*, cuius auctoritate, quo sumtu fieri debeat, interest, ut exponamus. Veteres quidem, & in primis *Græci*, non fauebant magnificis & sumtuosis *monumentis*. Apud Athenienses certe, teste *TULLIO* ^{l)} propter amplitudines sepulchrorum, lege cautum est, ne quis sepulchrum faceret operosius, quam quod decem homines efficere possent *triduo*: neque id opere tectorio exornari, nec *Hermes*, quas vocant, licebat imponi. Tandem *DEMETRIUS* sepulchris nouis finiuit modum, ne quid super terræ tumulum statueretur, præter columellam tribus cubitis non altiorem, aut mensam, aut labellum; & certum magistratum præfecit huic procurationi. *PLATO* denique exstrui vetuit sepulchrum altius, quam quod *quinque diebus* absolui possit: neque e *lapide* excitari plus, nec imponi, quam quod capiat laudem mortui incisam quatuor heroicis versibus, quos longos *Ennius* appellat. Illam moderationem primo imitati sunt romani, dum ius ciuile condiderunt. Decemuiui enim in 12. tabulis remoueri voluerunt *sumtus* & luctum a Deorum manium iure, &, docente *TULLIO* ^{m)} *magnificentiam* sepulchrorum minuendam esse censuerunt. Sed ipse *CICERO* fatetur, legem sapientissimam obliuione oblitteratam, & ad imensos sumtus illam rem progressam esse, quod in C. Figuli sepulchro appareat. Posteriores enim fere crediderunt, *religionis interesse*, *monumenta* exstrui, & *exornari*: quod *VLPIANVS* monet, l. 1. §. 6. D. de *mort. infer.* Idem *VLPIANVS* fere *IMPOSSIBILE* esse credit, ut monumentum intra *triduum* perficiatur. l. 6. D. de *condit. instit.* Certe *altitudo* monumenti non fuit definita. *IAVOLENVS* l. 4. D. *commun. præd.* ne cauere qui

^{l)} *cic. de Leg. II. p. 450.*

^{m)} *Id. l. c.*

quidem posse ait, ut ad certam altitudinem ædificetur monumentum: cum quod humani iuris esse desit, seruitutem non recipiat. Igitur licuit monumentum ad infinitam altitudinem ædificare. Imo POMPONIVS l. 3. §. 1. D. de mort. inf. si propius ædificium alienum mortuus illatus sit, quamvis intra legitimum spatium, postea heredem prohiberi non posse, quo minus monumentum ibi ædificet, si ab initio domino sciente mortuum intulerit. Tantus fuit fauor monumenti, ut visum fuerit, etiam cum incommodo viventium ædificari posse monumentum. Vnum decemviri in 12. tabulis prohibuerunt, ne quis rogam, bustumue nouum propius 60. pedes ad alienas aedes inuito diuino constituat. Varia ad illam legem RITTERSHVSIVS ⁿ⁾ obseruat. Sed, semel mortuo illato, dominus ædium, qui antea consensit, prohibere non poterat, quo minus in infinitum ædificetur monumentum. VLPIANVS etiam l. 5. pr. D. de mort. inf. si imperfectum dicatur monumentum, quamvis reliquæ hominis iam illatæ sint, nihil impedimento esse ait, quo minus id perficiatur. MARCIANVS quoque l. 7. D. sep. viol. corruptum & collapsum, corporibus non contactis, reficere permittit. Sed illud obseruat VLPIANVS d. l. 5. §. 1. D. de mort. inf. si locus iam religiosus factus sit, ad pontifices pertinere, ut explorent, quatenus desiderio reficiendi operis salua religione mederi possint. Neque dubito, etiam hodie, si quis ipsum sepulchrum attingat, animo reficiendi, publica auctoritate opus esse: cum inter sit, ne facile corpora defunctorum moueantur; sed ab initio fere, vtcunque visum fuerit, ædificari posse monumentum. Serenissimi Saxonum legislatores sepulchra profunda esse voluerunt, duabus vlnis pro infantibus, tribus pro adultis. Synodal. Decr. d. a. 1624. §. Ingleichen: sed profundiora aliquot pedibus, si defuncti peste laborasse videantur: quo casu & remotiora ab hominum frequentia & conspectu, esse debent. mand. d. a. 1713. die Contagions-Anstalten betreffend. Placuit etiam priuata sibi sepulchra neminem suo arbitrio constituere, sed rerum sacrarum antistites & inspectores de illa re, priusquam decernant, ad principem referre. Rescript. de die 21. Sept. 1705. Neque, ut quidam parochianorum, nisi ex patroni et inspectorum voluntate, in templis temere sepeliatur, permissum. Rescript. d. die 22. Martii 1637. Sed coniugis superstitis heredibus concessum, ut defunctum in eundem, in quo coniugis antea demortui reliquæ asseruantur, locum inferant, soluto ecclesiæ honorario, wenn des letzverstorbenen Erben ein Schock der Kirchen zu erlegen sich erbiethen, rescript. d. die 6. Nou. 1600. Sed quo vsque altitudo monumenti exsurgere debeat, lege definitum non memini. Illud tamen expeditum est, in templis non sine venia pastorum & antistitum monumenta extrui & exornari: sed his datum esse

ⁿ⁾ RITTERSH. ad XII. tabb. c. 13. p. 35.

esse negotium, vt videant, ne luminibus officiat, aut locus facer deformat, opere exstructo. Enimuero ne *subsellia* quidem in templis, nisi *caussa cognita*, ædificantur. *art. gen. 36.* Nachdem auch eine gemeine Klage einkommen, daß hin und wieder, in denen Kirchen, Stühle gebauet, dadurch die Leute verhindert, daß sie weder den Prediger auf der Kanzel, noch zu dem Altar, wenn das Hochwürdige Sacrament ausgetheilet wird, sehen können; desgleichen auch oftmahls solche Stühle in denen gemeinen Gängen auffgerichtet, daß die Leute für denenselben nicht wohl hin und wieder gehen können: Derowegen soll in denen Kirchen auf den Dörffern und Städten, kein Stuhl ohne sonderlich Vorwissen und Erlaubniß des Pfarrers und derer Kirchen: Väter gebauet werden. Neque locus est dubitationi, quin eadem sanctio etiam pertineat ad monumenta sepulchrorum in templis exstruenda, & locus sit interdicto, *ne quid in loco sacro fiat: arg. l. 1. §. 2. D. ne quid in loc. sacr.*

§. IV.

An testatoris voluntas obtemperandum sit in monumento faciendo & quæ sit sumptuum probabilitas.

Accepisti formam *monumenti*: videamus, quo *sumtu*, & cuius *arbitrio* monumenta fiant. Et primo quidem dubitari non potest, in primis, si quid testamento de sepultura & *monumento* cautum sit, *obtemperandum voluntati testatoris.* Neque illud tamen magis *mortuorum*, quorum fere non interest, quam *viuentium* causa, constitutum; vt ne sollicitudine aliqua angantur, si videant, deferri & sperni defunctorum voluntatem, & ne timeant, ne sibi aliquid indignius accidat post mortem, cum obseruent, defunctos negligentius tractari. *ALFENVS VARVS* certe l. 27. D. de *condit. & demonstr.* respondit, si intelligeretur, *ad quod exemplum* sibi monumentum fieri voluerit testator, tametsi in scriptura illud luculenter designatum non esset, ad illud exemplum, quod ille demonstrare voluerit, monumentum esse faciendum. Idem visum est *POMPONIO*, l. 6. pr. D. de *condit. & demonstr.* si testator *cuiusdam arbitrio* monumentum sibi fieri præceperit. Ait enim *POMPONIVS*, parendum esse arbitro in monumento faciendo, neque necessitatem hanc heredibus remitti, nisi is, cuius esse debeat arbitrium, vel non viuat, vel adesse nequeat, vel nolit arbitrari. Imo vero *VLPIANVS* etiam l. 50. §. 1. D. de *heredit. petit. retentionem* sumptuum bonæ fidei possessori, & actionem ad sumtus repetendos dedit illi, qui defuncto, conditionis implendæ causa, fecit monumentum; quia *voluntas* defuncti in hoc *seruanda* esse videatur, & sufficiat, si sumtus quantitatem a *testatore* definitam non excesserit. Audiamus *SCAEVOLAM*, qui l. 42. D. de *leg. 3.* obsequendum censuit voluntati testatoris, qua monumentum sibi ad quadringentos aureos extrui iusserat: & ab omnibus heredibus, proportionibus hereditariis, credidit monumentum esse instruendum. Eandem regulam iuris *TREBATIVS & LABEO & IAVOLENVS* l. 40. §. 5. D. de *condit. & demonstr.*

demonstrat. secuti sunt in legatarii persona, cui testator *mille aureos* ab herede reliquerat, ad ædificandum monumentum. TREBATIVS enim credit, *cautionem* peti posse a legatario, se monumentum ex ea pecunia facturum, & ita legatum deberi, si *satisdedit*, se ita facturum esse monumentum. LABEO etiam & PROCVLVS probant TREBATIO sententiam; quia hæc testantis mens fuisse videatur, ut ea pecunia *in monumentum* a legatariis *consumeretur*, d. l. 40. §. 5. D. de *condit. & demonstr.* Generatim enim NERVA & ATTILICINVS & VALENS l. 19. D. de *leg. 3.* præcipiunt legatariis, quibus aliquid relictum hac lege, *ut aliquid faciant*, negandam esse actionem, nisi caueant heredi, se *facturos*, quod *voluerit* defunctus, quamuis forte heredis non intersit, ut fiat, quod præceperat defunctus. Imo *condictione ob causam dati, causa non secuta*, conuenitur, qui pecuniam accepit, ut monumentum faciat, neque tamen fecit monumentum. IULIANVS certe l. 11. D. *caussa dat. causa non secut.* si heres, qui arbitrato liberti *certa summa* monumentum facere iussus fuerit, liberto dederit pecuniam, & is ex *accepta pecunia* monumentum non fecerit, libertum *condictione* teneri ait, ut faciat ex illa summa monumentum. Neque locus esse potest dubitationi, quin *rationes* negotii a se procurati reddere debeat ille, cui quid legatum, ut ex illa summa fiat monumentum. SCAEVOLA enim scribit, si *minus erogatum* fuerit, quam testator destinauerit procuratori corporis condendi, reliquam summam heredibus proficere, l. 88. §. 1. D. de *leg. 2.* ut intelligatur, legatario illud legatum *ad lucrum* non prodesse, sed reliqua heredibus restitui, si certa summa sepulturæ & monumento destinata fuerit voluntate testatoris. Constat igitur obtemperandum testatori, si *certa summa* sibi voluerit monumentum fieri, sed hoc obsequium aliquid laxamentum accipere; ut, si *minoris* possit fieri, atque nihilominus impleri voluntas testatoris, illud lucrum *proficiat heredi*. Itaque ausim affirmare, non ideo videri a testatore summam adiectam esse, ut illa abscisse in ædificando monumento consumatur, sed, ut non facile monumenti sumtus excedere debeat quantitatem a testatore indicatam, l. 50. §. 1. D. de *hered. petit.* atque ut sine periculo, quod POMPONIVS ait, l. 7. pr. D. de *ann. leg.* impendi possit summa definita.

Sed idem ille POMPONIVS d. l. 7. D. de *ann. leg.* controuersiam facit testatori in illo argumento, & hanc voluntatem non *obligationem* parere, sed ad *auctoritatem* duntaxat scribentis referri, ait, si quis heredem iusserit facere certa summa monumentum: adeoque heredem *posse, si velit*, ad auctoritatem testatoris conseruandam, facere ex illa summa monumentum: neque vero semper voluntatem & iussu testatoris debere conseruari: sed illam neque omnimodo spernendam neque omnimodo obseruandam esse, censet. Non dubito, quin POMPONIVS de *inepta* voluntate senserit.

Generatim enim PAPINIANVS atque MARCIANVS l. 113. §. 5. D. de *leg.*

leg. 1. ineptas aiunt *defunctorum* voluntates circa sepulturam, veluti vt multum in vestes, aut, vt alia *superuacua* in funus impendantur, non valere. Hoc heredes *Staberii* apud HORATIVM FLACCVM o) nesciuerunt, qui

— — *summam incidere sepulchro,*
quia testator.

— — *summam patrimonii insculpere saxo.*

heredes voluit,

& magna illos vi argenti multauit, nisi paruissent. Neglexerunt eiusmodi ineptias SCAEVOLA l. 40. §. 2. D. de aur. arg. & mund. & POMPONIVS l. 55. de leg. 1. & MARCIANVS l. 4. §. 6. ad l. Iul. pecul. & veteres omnino omnes, quod FREHERVS p) obseruauit. Igitur si quid *inepte* de monumento testator constituerit, non omnino obseruanda est secundum POMPONIVM vltima voluntas. Ceteroquin non spernendus testatoris iussus, sed obsequii necessitas imponitur legatario aut heredi testatoris. Ipse enim POMPONIVS l. 7. D. de ann. leg. concedit, haec omnia, vbi auctoritas testatoris sola aliquid constituit, si non ad turpem causam ferantur, *iudicis interuentu* ad effectum esse perducenda. Et, ne quis dubitet, etiam PAPINIANVS l. 50. §. 1. D. de hered. petit. heredes principis vel pontificis auctoritate compelli, ait, ad obsequium supremæ voluntatis, quamuis *stricto* iure actione nulla teneantur ad monumentum faciendum: imo vero quandoque heredes teneri *ordinaria actione*, vt monumentum ex testatoris voluntate faciant, neque opus esse, vt iudex extra ordinem interueniat, ipse POMPONIVS d. l. 7. D. de ann. leg. & VLPIANVS l. 18. §. 2. D. fam. her. cisc. obseruarunt: de quo argumento deinceps exponemus.

Ex his igitur intelligitur, heredes, etiamsi *stricto* iure interdum actione ordinaria non teneantur; tamen cogi extra ordinem vt testatori obtemperant in monumento faciendo: nisi oppido *inepta* sit voluntas testatoris. Sed, si dubitetur, vtrum sit *inepta*, vides, *causæ cognitione* opus esse. In quo igitur versetur causæ cognitio, meretur disputari.

Sed de aliis quidem ineptiis, quæ vel turpitudinem aliquam continent, vel risum mouere possunt intuentibus, alio loco *præses* copiosius tractauit. q) Iam de *summa*, quam testator monumento destinauit, videamus, quatenus illa voluntas *inepta*, & non sequenda esse videatur. Generaliter VLPIANVS, etiam in impensis funeris, non obtemperandum ait testatori, *si res egrediatur iustam sumtus rationem*; sed *pro modo facultatum* fieri sumtum debere: imo *æquum & iustum* sumtum ex *dignitate* eius, qui funeratus est, ex *causâ*, ex *tempore*, ex *bona fide*, æstimandum esse. l. 14. §. 6. D. de

o) HORAT. II. sermon. 3. v. 84 seq.

p) FREHER. verisim. L. I. cap. 26.

q) Præses differt. An conditio, quæ ob casum impleri nequit, pro impleta habeatur?

de relig. Et idem paullo ante, l. 12. §. 5. D. de relig. quæ est fragmen-
tum eiusdem libri XXV. VLP IANI, ex quo lex 14. desumpta est, mo-
net, sumtum funeris constitui ex facultatibus, & dignitate etiam defuncti.
Sic enim & dotem, & cetera, quæ ex æquitate modum accipiunt, ex fa-
cultatibus, & dignitate æstimamus, quod PAPINIANVS præcipit l. 96.
§. 4. & 5. D. de iure dot.

Sed CELSVS quidem l. 43. D. de leg. 3. non difficile esse credit, ex
dignitate & ex facultatibus defuncti æstimare incertam quantitatem. Contra
in rerum argumentis, & vsu fori, non exigua est illa difficultas. PLATO
quidem in definiendis sumtibus funeris census & facultatum existimauit ha-
bendam esse rationem. Teste enim M. TVLLIO ¹⁾ præfinit, sumtus
funeris ex censibus a quinque minis vsque ad vnam: id est, vt aliqui inter-
pretantur, vt quintam partem patrimonii liceat impendere in funus, & ce-
tera illa ornamenta. Nostro quidem iure arbitrio boni viri, id est iudicis,
res illa tota continetur: & iudicis sententia, qua sumtus definit: ad de-
functi facultates accommodanda est. Arbitrio enim iudicis etiam apud Sa-
xones O. P. R. tit. XLII. §. 3. hoc negotium committitur.

Sed videamus, an non generaliter moneri possit iudex, ad quod ipse
attendere debeat, dum ex dignitate & facultatibus defuncti constituit im-
pensas. Et mihi quidem videtur, primam omnium in hoc negotio haben-
dam dignitatis rationem, ne quid fiat, quo defunctus contumelia afficiatur.
Illud enim VLP IANVS præcipit l. 14. §. 10. D. de relig. Sed cum,
quid dignitati conueniat, pariter incertum sit, huius rei modus ex faculta-
tibus videtur definiri posse. Ex facultatibus vero ita iudicabis, vt lautius
& sumtuosius homini locupleti, cuius heres non habet, quod a creditori-
bus timeat, quam homini obærato, instruat monumentum. In locuple-
te enim poterit spectari, quid patiatur dignitas, & id vnice cauendum, ne
sumtus immodicus & ineptus fiat. Sed, quæ sint immodicæ impensæ, ex
re primo æstimabitur, quod ait VLP IANVS l. 14. §. 6. D. de relig. id est,
ne quid prorsus superuacuum fiat, & ne res sine caussa, atque temere om-
nino, & cum risu aliorum, consumatur. Deinde, si quid adhuc incertum
sit, ex more regionis, & ex tempore, quod VLP IANVS ait d. l. 14. §. 6.
id est, vt mihi videtur, ex consuetudine hominum eiusdem ordinis & earun-
dem facultatum, iudicandum erit. Ex hac consuetudine enim atque ex vsu
generaliter CELSVS l. 7. §. 2. D. de supellest. leg. & SCAEVOLA l. 38.
§. 2. D. de auro & arg. leg. obscura definienda esse credunt. Hic est mo-
dus ille probabilis, quem in faciendo monumento PAPINIANVS obser-
uari iubet l. 50. §. 1. D. de hered. pet. & qui, eodem teste, l. 31. §. 7.
D. de neg. gest. obseruatur in negotiorum gestorum iudicio, quod ipsum

¹⁾ CIC. de LL. L. II. circa fin. p. 452.

etiam ob procurationem funeris, & monumenti ædificationem dari solet. Neque enim dubito, quin illa sit summa *probabilis*, quæ *omnibus* facile *probetur*. Sed facile probabitur omnibus, quod *consuetudini* hominum eiusdem ordinis conuenit, & moribus in primis regionis.

Igitur si homini *locupleti* monumentum fiat, & summa a testatore definita sit, videtur sumtus non immodicus, quem mores regionis & *consuetudo* hominum admittunt. Neque tamen res ad amissim erit exputanda, sed liberaliter interpretanda consuetudo: cum *religionis intersit*, monumenta exornari, l. 1. §. 6. D. de *mort infer*. Certe *SCAEVOLA* l. 38. §. 2. D. de *aur. & arg. leg.* laxius interpretatur defuncti voluntatem. Cum enim quidam signum Dei in sacra æde statui voluerit, & subscribi nomen suum iusserit, neque essent in illo templo signa, nisi aenea atque argentea; *SCAEVOLA* optimum eligendum censuit, & signum *argenteum* ponendum. Sufficit igitur ad defendendam testatoris locupletis voluntatem, si summam non prorsus *insolitam*, & a consuetudine hominum alienam, aut quæ maximam partem patrimonii exhauriat, voluerit impendi. Idem dicendum erit, si non definiuit summam, sed monumentum fieri *simpliciter* voluerit locuples testator. *ALFENVS VARVS* enim ait, si ignoretur, quale fieri voluerit, secundum substantiam & dignitatem defuncti exstruendum monumentum, l. 27. D. de *condit. & demonstr.* Igitur, si ille, qui funus procurauit voluntatem defuncti & dignitatem, atque facultates eius, in faciendo monumento secutus fuerit, *sine periculo* sumtum fecit, quod ait *POMPONIUS* l. 7. D. de *ann. leg.* Heres etiam, si cum legatariis certabit, sumtus illos *in ære alieno* deducet, priusquam quartam Falcidiam exputet. Ipse enim *MARCELLVS*, qui alias valde aduersatur, admittit *modicam speciem* monumenti, quæ *in ære alieno* deduci possit, l. 1. §. 19. & l. 2. D. ad l. *Falcid.* Sed *modica* videtur, species, quæ non sit immodica, & non prorsus insolita, & ultra iustam rationem, l. 14. §. 6. & 10. D. de *relig.* in primis, cum docente *VLPIANO* l. 14. §. 1. D. de *relig.* satius sit de suo testatorem funerari, quam aliquos legata accipere: & quia, si testatoris voluntatem spectes, magis sit credibile, ipsum optauisse, ut ex dignitate monumentum instruatur, quam ut aliis sua liberalitate prospiciatur: imo certum sit, heredi magis, qui sumtum fecit, quam legatariis, qui *de lucro* laborant, fauendum esse.

Accepisti, quid de testatore locuplete videatur. Sed quid de testatoris *obærat*i voluntate faciemus. In huius quidem interpretatione non tam videndum, *qualis sumtus sine vitio possit fieri*, sed, *quid sine contumelia defuncti & salua dignitate non omitti posse* videatur. Enimvero, cum creditores de damno vitando certabunt, magis est, ut comparcenda sint omnia, quæ non omnino necessaria esse videantur. Illud tamen monumentum
erit

erit *necessarium*, quo omisso, *contumelia* afficeretur defunctus. Itaque ante omnia cauendum, ne contumelia defuncto fiat. Finge igitur quendam mortuum in magna dignitate, ut respublica etiam, illo contumeliosius sepulto, iniuriam pati videatur: finge porro omnium, qui in eadem dignitate ante ipsum decesserint, imagines, longo ordine successorum seruato, in templo, ubi sepulti sint, esse constitutas: finge omnium sepulchris *lapidem litteratum* impositum, qui memoriam, & laudes defuncti contineat. An credis admittendum esse illud dedecus, ut inter maiores, atque decessores, huius unius imago & memoria desideretur, atque ut omnes, qui prætereant, & lacunam inter omnium imagines obseruent, caput quassent, & rideant infortunium vilis illius animæ, cuius corpus, prope inhumatum, & infletum, cum ignominia abiectum esse videatur. Ausim affirmare, iudicis arbitrium eo dirigendum esse, ut hoc casu *speciem modicam* monumenti admittat, & illi, qui sumtum fecerit, locum relinquat inter creditores, qui *prærogatiuam* habent, & in *prima classe* credita recipiunt. Hoc *VLPIANVS* l. 14. §. 6. D. de *relig.* agnoscit, & sumtum *propter funus bona fide* factum liberaliter inter *sumtus funeris* admittit. Nemo vero dubitabit, ex *bona fide* has impensas factas, quæ necessariæ fuerunt, ut ignominia defunctus liberari possit. Idem enim *VLPIANVS* d. l. 14. §. 1. tractat eiusmodi speciem, in qua de creditorum periculo inprimis agebatur. Si colonus, inquit, mortuus fuerit, nec sit unde funeretur, ex *inuectis* & *illatis* funerandus erit; & si quid sepefluum manserit, hoc duntaxat pro debita pensione a locatore retinebitur. Idem igitur de monumento debitoris *neccessario*, quod *SABINVS* & *MARCELLVS* l. 1. §. 19. & l. 2. D. ad l. *Falcid.* appellant, & quod sine ignominia omitti nequit, dicendum erit. Hoc adduxit aliquando *ICTOS Vitembergenses*, ut heredi, qui magnificum monumentum facere a testatore iussus erat, sed de oneribus hereditatis, & de fideicommisso familiæ, & de *ære alieno* testatoris querebatur, ante omnia iniungerent, ut inuentarium ederet, aut vires hereditatis ope iurisiurandi indicaret; hoc si factum fuerit, facile ex *ære alieno*, & creditorum damno, atque ex defuncti facultatibus iudicatum iri, quatenus obtemperandum esset voluntati testatoris. Ita respondit *fac. iurid. Vitemb.* ad consultationem *senat. Francofurt. ad Moenum*, mense Dec. 1732.

Serenissimi legislatores Saxones, quod supra obseruatum est, mirifice commendant curam dormitorii & sepulchrorum. Et quamuis sumtus immodicos non probent, tamen *honestati* & *dignitati* atque memoriæ humanæ conditionis aliquid tribuendum esse, & illud in primis hoc consilio fieri debere, censent, ut admoneamus, illos, quos sepelimus *cum honore*, non prorsus *extinctos* esse, sed ad spem gloriosæ *resurrectionis* in dormitorio reponi. Auch sollen der Christen verstorbene Körper christlich und ehrllich beglei-

tet und begraben werden, derowegen die Leiche mit einem Tuche ehrlich bedeckt 2c. und mit christlichen Gefängen, daß die Menschen ihrer Sterblichkeit, und des jüngsten Gerichts, auch frölichen Auferstehung von den Todten, und des künftigen ewigen Lebens sich erinnern, zu der Erden bestattet werden. item: Auff daß die Kirch = Höffe ehrlich und rein, als ein Schlafhaus der Christen, so am jüngsten Tag von Christo auferwecket, und selig gemacht werden sollen, gehalten werden 2c. 2c. art. gen. d. a. 1557. tit. von den Todten und Begräbnissen. Igitur cum dignitatis & honestatis rationem haberi velint, non dubito, illos aliquando ad contumeliam evitandam *monumenti etiam modicam speciem* admittere inter funeris impensas.

§. V.

Quis monu-
mentum ex-
struere de-
beat & qua
actione heres
adigatur ad
illud facien-
dum, item
quo remedio
utamur ad
sumtum re-
petendum.

Habes *sumtum* monumenti exstruendi; videamus, ad quem procuratio illius negotii pertineat, & quo remedio ad faciendum officium iniunctum heres compellatur.

Et primo quidem, si cui illud munus a testatore iniunctum, dubitari non potest, quin ad illum pertineat officium monumenti exstruendi. Imo heres non recte facit, qui tunc ipse sibi illam curam deposcit, cum alium elegerit testator; quamvis *DIVVS MARCVS* l. 14. §. 14. *D. de relig.* in heredem, qui illum exclusit, cui testator funeris curam commiserat, pecuniam non statuerit. Illud singulare est, quod, si *duos* elegerit testator, qui *monumentum* faciant, & sub hac conditione, si hanc prucurationem susciperent, ipsis aliquid legauerit, non videatur impleta conditio, nisi *omnes*, quibus ita legatum fuit, *simul* impleuerint officium iniunctum: itaque, nisi *uterque* fecerit, neutri legatum deberi videbitur. Ita *POMPONIVS* l. 112. pr. & 2. *D. de condit. & demonstr.* Sed ipse tamen non hodie *humanius* *ICTOS* hoc interpretari, vt, si vel *vnus* conditioni paruerit, vni illi pars legati adquiratur. Imo *ALFENVS* l. 44. *D. de hered. inst.* monet, si duo sub hac conditione instituti sint, vt monumentum exstruant, & vnus faciat monumentum, illum admitti ad hereditatem.

Illud non inutile est, moneri, quod, si cui legata sit summa quædam ad *monumentum faciendum*, non excludendus videatur a legato, si *satis dederit*, se ita monumentum ex illa pecunia facturum, quamvis illud nondum fecerit: imo legatarius, si monumentum fecerit, tamen teneri ad reddendas rationes, cum haec mens testatoris fuerit, vt illa pecunia in monumentum consumatur. Ita *TREBATIVS* & *LABEO* & *IAVOLENVS* l. 40. §. 5. *D. de cond. & demonstr.* responderunt. Idem & *SCAEVOLA* ^{s)} probauit in omnibus legatis, quæ moram cum sumtu habeant, l. 80. *D. eod. tit.* & commodo heredis proficere censet, si minus esset erogatum, quam legatario datum sit ad monumentum faciendum l. 88. 1. *D. de leg. 2.* quod

supra

^{s)} vid. *FORNER* select. l. c. 30. in *Otton. thes.* II. 42.

supra est a nobis obseruatum. **VLP**IANVS tamen *rebus publicis* remisit satisfactionem, & desiderauit duntaxat repromissionem nudam, voluntati defuncti statum iri. l. 6. §. 1. D. vt legat. Præterea **MARCELLVS** auctor est, legato ad monumentum faciendum *quartam Falcidiam* deduci, l. 1. §. 19. D. ad l. Falcid. Quod ita accipiendum est, vt quarta non de sumtu monumenti, quem supra necessarium esse diximus, & qui ære alieno continetur, deducenda sit, sed tantum de illo, cui salua dignitate parci potuisset. Illud supra indicatum est, libertum, cui pecunia data fuerit ad monumentum faciendum, conditione teneri, si monumentum non fecisset, l. 11. D. caus. dat. caus. n. secut. Imo contra illum, qui non fecerit, quia heredum interfit, præscriptis verbis agi posse, **VLP**IANVS ex **POMPONIO** obseruat, l. 18. §. 2. D. fam. hercisc.

Sed hoc quidem iure vtimur, si tertio cuidam a testatore iniunctum fuerit, vt monumentum exstruat. Ceteroquin, si nemini iniunxit testator, **PAPINIANVS** l. 50. §. 1. D. de hered. petit. monumenti exstructionem credit ad *heredum officium* referri: & si quis alius sponte illud fecerit, videri *hereditarium* negotium ab illo gestum, & bonæ fidei possessorem expensas retinere posse. Igitur *heredes* inprimis, si testator voluerit, tenentur ad ædificandum monumentum.

Sed idem **PAPINIANVS** d. l. 50. itemque **POMPONIUS** l. 7. D. de ann. leg. si *uni* heredi, qui coheredem non habeat, hoc iniunctum sit, illum stricto iure nulla *actione ordinaria* compelli posse aiunt: sed illud ad *auctoritatem* testatoris, non ad *obligationem* heredis pertinere. Neque enim poterat cuiquam formula ordinariæ actionis accommodari, cum neminis interfit, vt ædificetur monumentum. Vterque tamen **ICtus extra ordinem**, *interuentu iudicis* vel *principis* vel *pontificis* auctoritate, aiunt heredem compelli ad obsequium supremæ voluntatis; cum religionis etiam interfit, monumenta exstrui & exornari. Aliud dicendum est, si *coheredem* habeat is, cui iniunctum est a testatore, vt monumentum ab illo exstruatur. *Coheredis* enim interest, vt fiat monumentum: quandoquidem ius monumenti etiam *heredes* sequitur, quod supra est a nobis comprobatum. Igitur cum *utriusque* interfit, monumentum fieri; *coheredes* iudicio *familiæ herciscundæ* inter se experiuntur, vt fiat monumentum ab herede, cui hoc impositum est a testatore. Ita **VLP**IANO l. 18. §. 2. D. fam. hercisc. & **POMPONIO** visum est, l. 7. D. de ann. leg. Eadem actione impetrabunt coheredes, vt sumtus inter ipsos communicentur, si vnus monumentum fecerit. Enimuero *hereditarium* hoc est negotium, & coheredes pro hereditariis portionibus tenentur ad illum sumtum faciendum, quamuis testator vni imposuerit sepulturæ procurationem. Non enim videtur vnum etiam sumtu onerare voluisse. In hanc sententiam **SCAEVOLA** respondit l. 42. D. de leg. 3. Ipsis

vero heredibus *funeraria* actio inter se non dabitur, cum in iudicio *familiae herciscundae* recuperare possint sumtus monumenti. Teste enim LABEONE l. 14. §. 12. de *relig. funeraria* actione hi tantum experiuntur, qui aliam actionem non habent ad funeris impensam consequendam. Quod si tamen iam antea actum sit familiae herciscundae, *in subsidium* dari funerariam, LABEO affirmat; quia, secundum *VLPIANVM* l. 20. §. 4. D. *fam. hercisc.* iudicio familiae herciscundae non facile, nisi *semel*, agi potest.

Discedam ab hoc loco, si hoc vnicum adiecero, posse etiam *contractu inter viuos* quendam a nobis eligi, qui faciat post mortem monumentum. Oblata est nobis eiusmodi species haud ita pridem. Vendiderat aliquis, cum praedio etiam suppellectilem, & omnia *reliqua*, quae tempore mortis suae exstitura essent, atque illa ad emptorem peruenire voluerat in venditionis instrumento; sed ab emptore etiam pactus erat, ut sibi monumentum faceret post mortem, daß er ihm einen Leichen-Stein solle machen lassen. Dubitabatur, an non haec verba *animum testandi* magis proderent, quam *contrahendi inter viuos*. Sed placuit, hoc *non videri esse testamentum*; cum etiam *inter viuos* de monumento liceat pacisci. Ita ad consultationem *reg. Magdeburg.* respondit *facultas iurid. Vitembergensis* mense Septembr. 1735.

XXIV.

OBSERVATIONES

DE REDITIBVS ANNVIS
LEVIORI MONETA SOLVTIS.

VITEMBERGAE, AD D. XXXI. DEC. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVI.

§. I.

*Odiosa sunt
usurae & in
dubio remis-
sae censentur.*

Non omnino iniquum est *odium foenoris*. Pontifices quidem, inprimis ALEXANDER III. & VRBANVS III. illepide *usuras* damnauerunt, quasi, tabulis vtriusque testamenti, hominibus probis usu foenoris interdiceretur, c. 2. 3. & 10. X. de *usuris*. Illud enim aperte falsum est. Sed non *iniuste* tamen in *clericis* illud genus lucri ac negotiationis improbarunt, c. 1. & 7. X. *eod.* Nihil illo lucro turpius aut pestilentius. Non ignoro, quem titulum illi negotio praetexant. Aiunt enim, commodissime dominum dantaxat aestimare, quem velit sui beneficii modum esse, aut quo auctoramento ipsi pensandum sit officium, dum nummis suis egestatem aliorum subleuauit.

uit. Largimur etiam, publice interdum salutare esse, vt maiores vsurae concedantur, exteris in primis: vt vicini inuitentur, apud nos potius pecuniam in foenore ponere, cuius ipsi indigemus: fingamus denique, ciuium industriam acui & mirifice accendi, si magni constant nummi mutui, quos sci- ant cum foenore reddendos; certe tamen inter ciues eiusdem prouinciae odiosum est *ius usurarum*. Quis ferat aequo animo, ciuem ciuium bona deripere, & paucos homines locupletes plerosque illos reliquos, qui cum fortunae iniuria conflantur, occidere, & vsuris trucidare. Optime sapientissimus legislator aduersus externos foenus exerceri passus est, inter ciues interdixit. Deut. 23, v. 30. Illud certe durum est, te homini egenti, sub specie beneficii, nummos mutuos ad praesentem necessitatem dare, sed confestim de lucro, de spoliis debitoris miseri, de pecunia cum foenore reddenda, cogitare. Nemo dubitat, honestius & magnificentius mutuum gratis dari. Recte TULLIUS a) non foeneramus, ait, beneficia, sed natura propensi ad liberalitatem sumus.

Dici non potest, quanto consensu veteres iurisconsulti, in illa repub- lica, quae semper plurimum amicitiae & honestati tribuit, gratuita benefi- cia praetulerint foenori. Generaliter ULPIANVS l. 33. D. de usur. etiam curatoribus reipublicae & defensoribus ciuitatum, quarum tamen compen- dio & emolumentis mirifice fauebant veteres, praecepit: ne acerbos se exactores, vel contumeliosos praebeant, sed moderatos, & cum efficacia benignos, & cum instantia humanos, si de vsuris pecuniae agatur: cum inter insolentiam incuriosam & diligentiam non ambitiosam multum interesse videatur. Igitur ipse agnoscit ULPIANVS, facile contrahi notam inhumani- tatis in exactione *usurarum*. Omnes certe affirmarunt, etiam, si promissae sint vsurae, eiusmodi pactiones interpretatione molliendas esse, & cum quilibet bonus esse & ingenuus credatur, si qua esset coniectura, in dubio, *usuras remissas* a creditoribus, censerent. In primis, si per longum tempus vsurae non petitaessent, exactioni faenoris locum non dederunt. PAVLLVS enim l. 17. §. 1. D. de usur. diuini PRIMUM rescripsisse, ait, parum iuste praeteritas vsuras peti, quas omisisse te longi temporis interuallum indicat; qui eas a debitore tuo, vt gratior apud teum videlicet esses, non petendas putauisti. Haud multo secus SCAEVOLA l. 13. D. de usur. de illis re- spondit, qui acceperunt quidem vsuras, sed minores, quam promissae fue- rant a debitore: ait enim, quamuis semisses promissae sint, si per multos an- nos minores praestitae fuissent, creditori, qui postea semisses petat, doli ma- li & pacti taciti exceptionem merito opponi; cum non ex bona fide agat, qui beneficium retractet.

Itaque apparet, *vsuras* non exactas, interpretatione, quasi *remissas*, accipi, & postea non audiri morosum creditorem. Idem fere ANTONINO placuit l. 8. C. de *vsur.* ut, si in certum casum *ampliores* *vsuræ* sint promissæ, sed creditor post tempus cautione definitum *minores* acceperit, nec postulauerit maiores, eas *vsuras* computemus, quarum in exactione creditor perseuerauit: id est, ipsum *minoribus* *vsuris* contentum esse iubeamus. Imo vero generaliter SEVERVS atque ANTONINVS l. 5. C. de *vsur. pacti taciti* exceptionem ob stare creditori docent, si maiores *vsuras* petat, cum quincunces per *certos annos* accepisset: quamvis promissæ fuerint *maiores*. Ex *vsu* temporis igitur non longi, sed *certorum annorum*, iudicatur, creditorem a cupiditate lucri animum ad studium humanitatis, ad quod natura nos comparauit, conuertisse. ANTONINVS vero l. 1. C. de *fideicom.* etiam *vsu* *triennii*, *vsu* *multi temporis* appellat. Quare obtinuit, ut, qui per *triennium* *vsuras* *minores* acceperit, maiores remisisse censeatur.

Neque vero ex his, quæ adhuc obseruata sunt, potest esse obscurum, etiam illum creditorem, qui *leuiorem monetam* acceperit, dum *vsuræ* soluerentur, postea non recte petiturum, ut soluantur *moneta pinguiori*; quamuis fuerit pinguior promissa: utique enim *minores* soluit, qui *vsuras* præstat *moneta leuiori*.

Illud attinet monere, etiam hunc qui generaliter stipulatus sit *vsuras*, nec definiuerit, quantas postulet, *vsuras* petere non posse: nisi ex more regionis appareat, de quibus actum fuerit inter partes; quasi non animo serio stipulatus sit *vsuras*, qui non definiuit modum *vsurarum*: ut in *odioso* argumento sequamur mitissimam interpretationem. MODESTINVS certe l. 41. §. 2. D. de *vsur.* monet, quamvis debitor sponderit, pecuniam se cum *vsuris* redditurum, tamen, si non appareat, de quibus *vsuris* conuentio facta fuerit, *vsuras* peti non posse. Certe etiam *nostro iure* intelliguntur *quincunces*, quamvis in cambio promissæ, nisi creditor, stipulatus fuerit *maiores*.

Satis, credo, apparet, iure ciuili, *odiosam* esse *foenoris petitionem*: sed in *Saxonia electorali* omnino constat, *vsuras* odio haberi. Interdum enim etiam spem *pignoris* & *iuris realis* consequendi, & *præuilegium*, creditor amittit, qui *vsuras* stipuletur. Nota sunt, quæ de *præuilegio pecuniæ hereditariæ* *decisione electorali* 7. constituuntur. Amittit enim *præuilegium* *pecuniæ hereditariæ*, qui *vsuras* accipit, aut stipulatur. Sed illud meretur obseruari, creditorem, qui ius reale sibi pactus sit, sed, *pignore* nondum confirmato, *cambium* acceperit, præterea *vsuras maiores*, id est, sex solidos annuos ex mutuo centum solidorum exegerit, quasi *novatione* facta, videri discessisse a spe *pignoris* propter modum *vsurarum*. Quia non licet *maiores vsuras* accipere, hypotheca constituta. Quamvis enim animus *novationi*

uandi non facile a Iuris præsumentur: tamen sufficit, illum factis iudicari. l. 8. C. de nouat. & arg. dec. el. 7. Igitur curia prouincialis Vitembergen-
sis, in termino Quasimodog. anno cIdo Idcc xxxvi. eiusmodi creditori,
quamuis postea pignus confirmatum esset inuito debitore, inter chirogra-
pharios locum assignauit, illamque sententiam his rationibus deinde confir-
mauit.

Obwohl N. vermöge der fol. Act. sub P. in Abschrift befindlichen Cession,
wegen derer liquidirten 2000. Thlr. in derer von N. Recht zu treten, mithin
der, denen unbezahlten Kauff-Geldern in der Erl. Pr. Ordn. gegönneten præ-
rogativ zu genießen, also vor andern Gläubigern befriediget zu werden, ver-
langet, auch dieserhalb auf die fol. befindliche Confirmationes der Hypthec,
und der Cession sich berufet, überdieß wenigstens am 9 Maji des 1735 Jah-
res, laut des fol. befindlichen Documents ein dinglich Recht, krafft dessen er
andern Gläubigern, so kein älter und besser Recht haben, vorgezogen werden
möchte, erlanget zu haben vermeynet; Diweil aber dennoch die am 14 Oct.
1730. von denen von N. ausgestellte Cession anfänglich nicht confirmiret,
vielmehr von denen letztern, laut der Documenten fol. und fol. wegen der
Kauff-Gelder völlige Verzicht geleistet, und die dießfalls reservirte Hypothec,
ohne Erwähnung derer an N. cedirten 5000. Thlr. cassiret, also dem Schuld-
ner die Güter N. und N. ohne einige verconsentirte Schuldenfrey überlassen
worden, nechst dem N. nicht allein die fol. befindliche Wechselverschrei-
bung, sondern auch 6. von 100. an Zinsen angenommen, mithin,
daß er des ihm vermeintlich cedirten Rechts, der geschehenen Protestation
ungeachtet, ipso facto sich begeben, um so viel weniger gezweifelt werden kan,
als N. ausserdem von einer versicherten Post die Zinsen zu 6. pro cent zu he-
ben nicht frey gestanden, auch ein Delictum bey zweifelhaften Fällen nicht zu
praesumiren, sondern dergleichen Facta, wo möglich, also auszudeuten, daß
Niemanden dadurch etwas unzulässliches aufgebürdet würde, demnach dieses
Negotium vor eine Novation zu achten, folglich N. am 9 Maji 1735. ohne des
Schuldners Einwilligung, da die vorige, wegen erfolgter Novation hinweg-
gefallen, an dessen Gütern ein dinglich Recht nicht erlangen mögen &c.

§. II.

Annuae præstationes, quamuis interdum ex causa liberaliori debeantur, *Etiam lan-*
& magis ferri possunt, quam usuræ ex mutuo soluendæ, tamen habent ali-
quid incommodi, quod efficit, vt interpretatione magis restringendæ videantur. *nuæ præsta-*
Ipsi enim *libertati* quodammodo aduersantur *annuæ præstationes*. Sed illæ *tionibus odiosæ*
inprimis, quæ usque *ad diem incertum*, qui quando sit extiturus, ignoratur, *sunt in Sa-*
promissæ sunt, mirificam difficultatem habent. Plerumque enim debitores *conia Elect.*
illa *annua* liberaliter promittunt, ob incertitudinem temporis; cum prope *inprimis v-*
diem se onere illo liberatum iri credant. Quæ spes si illos fallat, debili-
trum præ-
scriptione
tollantur.

tantur clanculum & sensim, multi etiam collabuntur, & conturbant. Germanis in *venditionibus* imprimis familiare est, pro parte pretii, *annuas præstationes*, den Auszug, stipulari. Publice interest, hunc morem corrigi, aut quibusdam limitibus coërceri: certe interpretatione, quantum illud potest fieri, solite restringi; ne tandem, oneri publico, quod propter possessiones a dominis fundorum suscipiendum est, ferundo non sufficiant, si priuata illa nimis augeantur. Extat diui *Augusti* nostri rescriptum, ^{b)} quo præfecto Torganiensi interdixit, ne venditoribus, temere permittat; ut *præstationes annuas* ab emtoribus subinde stipulentur. So begehren wir hiermit, du wollest, was die Käuffe anbelanget, daferne ein oder der andere Amts-Untertaner wegen Alters, oder sonst Unvermögens halber, seinem Guthe nicht mehr vorstehen könnte, die Alienation zwar, jedoch mit keinem Auszuge, weil dadurch die Gühter allzusehr geschwächet werden, sondern umb Land-süblichen Werth, und gegen Entrichtung des gewöhnlichen und völligen Lehn-Geldes, gestatten etc.

Sed utinam omnes omnino iudices, hoc sibi quodammodo dictum esse, cogitarent. Icti certe *Vitembergenses* iudici, qui venditionem, propter *immodicas præstationes* venditori promissas, ratam non habebat, *mens. Majo* huius anni, responderunt: *arbitrio boni viri* locum esse, ut, quamvis partes consentiant, *summa tamen probabilis* & modica duntaxat permittatur: Und wird der, von Appellantens Sohne, dem Verkäufer versprochene Auszug, wenn das Guth denselben nicht ertragen mag, nach Hauswirthschafft's-Verständiger hierzu verpflichteter Personen Gutachten, auf so viel, als, ohne besorglichen Ruin des Besizers, davon füglich abgegeben werden kan, weils der Gerichts-Herrschaft an Erhaltung der Untertanen allerdings gelegen, billig gemäßiget, B. N. W.

Sed studiosius *IUSTINVS* l. 7. §. 6. C. de *præscript. 30. vel 40. ann.* sanxit fidem promissæ annuæ præstationis. Ait enim, *præscriptioni* locum non futurum, quamvis per tempus longissimum præstita non fuerint, quæ per singulos annos aut menses debebantur; sed ab initio cuiusque anni vel mensis computari tempora præscriptionis. Optime & sapientissime diui *Saxonie electores. P. II. constit. El. 2. & 3.* naturalem rationem secuti sunt, & temporis longissimi Saxonici præscriptionem admiserunt, propter odium *præstationis annuæ*; si per illud tempus vel omnino retenta fuerint, vel etiam imminuta, quæ singulis annis integra & meliora peti potuissent. Enimvero nihil rationi conuenientius videtur. Nam, qui retinuit alteri annuas præstationes per triginta annos, & quod excurrit, aut certe detraxit aliquid de annuo demenso, per tempus longissimum, non id egit, ut *unius anni* incommodo se liberaret; sed ut totum onus excuteret, aut leuaret. Item, qui

^{b)} Cod. Aug. T. II. p. 16.

qui patitur illos redditus per tot annos vel retineri, vel imminui, non vnus anni pensionem, sed omnes illos redditus, qui ipsi subtracti sunt, remittit. Cur enim per annos singulos quiesceret, qui primi duntaxat anni gratiam facere debitori cogitaret. Ita quidem Ictis *Vitembergensibus* visum est, qui haud ita pridem, *menſe Nouembri*, huius anni, creditorem repulerunt, qui per longum temporis spatium acceperat redditus *minores*, & iam, ex formula conuentionis, *pinguioreſ* postulabat. Res ex rationibus sententiae intelligetur: Obwohl jährliche Einkünfte bewährter Rechts-Lehrer Meinung nach, von gemeinen Zinsen, so von einem Darlehn entrichtet werden, merklich unterschieden, und dasjenige, was von denen letztern in denen Rechten verordnet, auf jene nicht zu erstrecken,

Horn. Cl. II. Conf. 89. §. vlt.

auch vornehmlich dergleichen redditus annui, denen gemeinen Rechten nach,

l. 7. §. vlt. C. de praescri. 30. vel 40. ann.

überhaupt, in der sonst bestimmten Zeit nicht verjähret werden, sondern die Praescription von jeder Post absonderlich zu erweisen,

D. a. D. in den Chursl. Sächs. Rechten die Verjährung solcher jährlichen Zinsen ausdrücklich bestetiget, und daß darauf auch im dem Falle, wenn der Schuldner dieselben, über Rechts-verwährte Zeit, in geringerer Münze abgeführt, das Absehen gerichtet werden solle,

P. II. Constit. El. 2. & 3.

deutlich verordnet worden etc.

§. III.

Odiosum igitur est *fœnus*; sed nunquam magis, quam cum tegitur, *Venditio annuorum reddituum magis fœnus est quam venditio* & inuolucro quodam *circumposito* occultatur. Optime enim *AGRIPPA*, apud *DIONEM CASSIUM* ^{e)} facilius non illa ferre, ait, quae vi aperta aduersus non gerantur, quam quae *teſte* & clanculum, & per insidias, administrentur. Certe aperta illa excusationem facilius inueniunt. Sed semper ingeniosi fuerunt homines auari & cupidi, in fabricandis fraudibus & machinationibus occultis, quibus sorditiem & nequitiam *foenoris* occultarent. Eo in primis pertinet, quod, dum *vsuras* largiores ex mutuo appetere Germani, *emere* se annuos redditus, & nummos mutuos quasi *pretium* mercis futurae soluere fingeant; vt *venditionis imaginem* praetexerentur turpissime cupiditati. *MARTINVS V.* ab Episcopis *Vratislauenſibus* in primis saepe confirmatos esse eiusmodi contractus, docet: *Extrauag. commun. I. de emt. vendit.* vt ex *Silesia* maxime in reliquas *Germaniae* partes *emtio annuorum reddituum* inueſta esse videatur. Sed *CALIXTVS III.* etiam in dioecesi *Merſeburgensi*, & diuersis *Alemanniae* partibus, illam frequentari, obseruauit. *Extrau. comm. II. de emt. vendit.* Certe maiorum nostrorum

e) *DIO CASS.* lib. LII. p. 532. in fine edit. H. Steph.

rum ingenio plerique omnes illud artificium deberi tradunt. Aperte *proceres Germaniæ* in *rec. imp.* de A. 1530. tit. 26. §. 8. moribus vtentium hanc emtionem introductam & vsu *Germanorum* in primis frequentatam esse, profitentur: Und nachdem die *Wieder-Kauff-Gulden* allenthalben in Landen gemein sind &c. Sed ignoscendum fuit *Germanis*, qui, pro ingenio illorum temporum, neque subtilitati iuris Civilis facile operam dabant, neque ab aliorum artificiis, quibus quotidie seducebantur, sibi cauere didicerant, in magna omnium rerum perturbatione, qua Germania peruerteretur. Illud vero ferri non potest, quod MARTINVS V. quasi causa cognita, sibi apparuisse dicat, eiusmodi venditiones *iuridicas* esse, & secundum determinationem doctorum, *licitas*, non *vsurarias*, non periculosas. *Extrav. comm. I. de emt. vendit.* Mihi quidem hallucinati videntur doctores isti, qui MARTINO responderunt, illud negotium *venditionis* vim habere. Non quidem ignoro, quam speciem his emtionibus prætexant. Aiunt enim *fructus emi*, atque *spem* futuram: quam venditionem POMPONIUS admittit, l. 8. D. de *contr. emt.* Quapropter PIUS V. in L. VII. decret. c. 1. de *forma contrah. cens.* desiderat, vt illi reditus ex re *frugifera* soluantur: quo similior sit fructuum emtioni hæc *vsuraria* negotiatio. Sed illi quidem mirifice falluntur. POMPONIUS de *naturalibus fructibus* tractauit, quorum venditio perficitur, cum editus est fructus: quasi ab initio facta venditio fuisset, hac conditione, si modo partus postea nascat. Itaque repellit emtorem, si fructus *non nascantur*, sine culpa venditoris. Sed, quis ignorat, quid intersit inter *fructus* naturales, & *vsuras*, quæ ex pecunia mutua soluantur. Neque enim incertum euentum expectant redituum emtores; sed abscisse postulant reditus promissos, quamuis nihil fructuum ex pecunia perceperit debitor, quamuis pecu iam perdiderit, quamuis in latrones collapsus sit, priusquam nummos domum perferret, & conuerteret in vsus suos. Sed hoc quidem casu non peti possent reditus, secundum POMPONIUM, si hæc esset fructuum emtio. Nihil igitur commune habet emtio annuorum redituum, cum emtione fructuum, aut aleæ, partuumue futurorum. Quod manifeste apparet, cum nostri illam venditionem simpliciter permittant, quamuis nulla *res frugifera* creditori obligetur: quos *personales reditus* appellant. ^{d)} Sed, quæ posset esse fructuum emtio, nisi sit res quædam, ex qua fructus naturaliter sperentur. In Romano certe foro nunquam auditum est, *emere* creditorem *fructus* pecuniæ, quam ipse debitori numerauit. Generaliter, nisi *merx* & *pretium* veniant in obligationem, certum est, non contrahi venditionem.

Igitur, cum emtionem redituum, male *emtione fructuum* dici intelligerent, Icti finxerunt, *ius* & *actionem* vendi, dum annui reditus emuntur:

^{d)} FRANZK. I. ref. l. n. 59 sqq.

tur: quod ALEXANDER, DIOCLETIANVS, & IVSTINIANVS permiserunt. l. 3. 7. 9. C. de *hered. vel act. vendit.* Sed illud oppido ineptum est. Nimirum *actio* vendi dicitur, cum iam nata est actio aduersus alium debitorem, vt ius crediti ad emtorem transferatur, l. 9. C. de *hered. vel act. vendit.* Sed in emtione ređituum iam demum nascitur obligatio & ius exigendi annuas pręstaciones. Enimuero si hęc promissio ređituum pro venditione actionis, aut iuris, accipiaur; miror, quod non omnia negotia, in quibus nummi interueniunt, *emtiones* appellentur. Quoties enim obligationem contrahimus, datur creditori ius, illa exigendi, quę deducta sunt in obligationem. Nimirum, *ius* emere dicimur, cum aliquid adquirimus pro pecunia numerata, quod non cadit in aliam speciem contractus: vt cum seruitutes emimus. Alias enim etiam *conductio* posset emtio iuris: aut vsus, aut fructuum, appellari. Sed SABINVS illud negat l. 20. D. de *contrah. emt.* Imo miror adhuc magis, quod non *locationis* etiam titulo, contexerint vsurarium hoc negotium Germani; quum & HORATIO d) aliquando, in mentem venerit, vt, dum ridet homines cupidos, qui

Omnia conductis cęmant obsonia nummis

nummos mutuos, murmurante Phębo & Themide, *nummos conductos* appellaret. Imo vero VLPIANO potius, & PAVLLO, itemque DIOCLETIANO obsequamur, qui l. 36. 38. & 55. D. l. 3. & 9. C. de *contrah. emt. imaginariam venditionem* non esse omnino venditionem affirmarunt. Igitur *foenus* magis contractum videtur in annuorum ređituum venditione. Illud certe Germani agnouerunt, qui *rec. imp. August.* d. A. 1530. tit. 39. §. 8. quincunces, tantum vsuras, nomine ređituum emi posse, sapientissime constituerunt, & eius rei causam in consuetudine Germanorum quęsuerunt, qui non soleant, nisi quincunces, vsuras permittere ex mutuo. Itaque dubitari non potest, fœnus contrahi hac emtione. Audiamus verba procerum Germanorum: Und nachdem die Wiederkauffs-Gũlden allenthalben im Lande gemein sind; so soll hinfürter von hundert nicht mehr, dann fünfß, wie gebräuchlich, gegeben und genommen werden. Und hinfürter die Verschreibung auf Wiederkauff, wie Wiederkauffs-Recht, beschehen; was darüber gegeben, genommen, und gehandelt, wollen wir dasselbig für wucherlich geachtet und gehalten, und wie obgemeldt, gestrafft haben. Idem fere augustissimo regi nostro, iam diuo, quem non sine summę glorię memoria cogitare possumus, tit. XLII. §. 8. O. P. S. R. placuit, qui *vsuras* ex his *ređitibus* solui omnino noluit, quia ipsi hi ređitus habent propriam naturam vsurarum. Quod cum intelligeret ordo ICTorum Viembergensium, mense Nouembri huius anni, ređitus illos ex lege vsurarum

iu-

d) HOR. l. sat. 2. v. 9.

iudicavit; Ob wohl, bewährter Rechts-Lehrer Meinung nach, die Zinsen der wiederkäufflichen Haupt-Stämme, von dem fœnore, und denen von einem Darlehn zu entrichtenden Vsuris, mercklich unterschieden, und dasjenige, was von denen gemeinen Zinsen in denen Rechten verordnet, auf diese nicht zu erstrecken,

Horn. Cl. II. conf. 89. §. vlt.

D. a. D. die in Teutschland aufgebrachte und von denen Päbsten genehmte gehaltene Verkaufung solcher Zinsen ohnfehlbar vor ein verkapptes mutuum vsurarium zu achten, inmassen nicht allein in denen Päbstl. Rechten, gleich Anfangs,

Extrauag. comm. 1. & 2. de emt. vend.

ob nicht diese Contracte vor wucherlich anzusehen, ein gegründeter Zweifel entstanden, sondern auch in denen Reichs-Gesetzen, absonderlich *rec. imp. August. d. A. 1530. tit. 26. §. 8.* solches ausgemacht, und aus dieser Ursache, daß von hundert nicht mehr, denn fünf Wiederkauffs-Gülden gegeben oder genommen werden sollen, anbefohlen, wie nicht weniger deswegen im Churfürstenthum Sachsen,

tit. 42. §. 8. der E. P. D. daß von dergleichen Zinsen kein weiterer Zins gegeben werden solle, verordnet worden etc.

§. IV.

*Annui redi-
tus leuiori
moneta per
tempus lon-
gissimum so-
luti nun-
quam pin-
guiori sol-
uendi sunt,
idem aduer-
sus pias caus-
as locum ha-
bet.*

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, facile iudicabitur, vtrum temporis longissimi vsu imminui possint annui redditus, inuito creditore. Res nihil habet dubitationis, si redditus annuos ex natura vsurarum æstimemus. De his enim supra ex SCAEVOLA & PAVLLO l. 13. pr. & l. 17. §. 1. D. *de vsur.* itemque ex SEVERO & ANTONINO l. 5. & 8. C. *eod.* comprobatum est, si per longum tempus, aut per certos annos, id est, per TRIGENNIVM, interprete ANTONINO, l. 1. C. *de fideic.* minores acceperit creditor, illam maiores, quamuis promissas, postea petere non posse. Igitur, quidquid multi in contrariam partem disputent, expeditum est, si per multos annos leuiori moneta soluti sint, illi redditus, postea creditorem illud, quod interest, consequi, aut piguiorem monetam in futurum petere non posse. Iure tamen Saxonico electorali, tempus longissimum, cum additamento Saxonico, P. II. Const. 2. v. 3. verbis: über Rechts-verwährte Zeit, desiderari, omnino negare non ausim: quamuis multum intersit, inter annuos redditus, qui vsurarum rationem habent, & ceteras annuas præstationes, de quibus constitutione II. & III. P. II. ab Electore Saxone tractatur.

Igitur præscriptione opus est ad redditus annuos imminuendos. Neque tamen exigimus, vt per tempus longissimum, eodem genere leuioris mone-

tæ redditus soluti sunt. Sed, si sæpius monetæ bonitas, permutatione publica moduli, imminuta sit, sufficiet omnino debitori, si semper illa moneta, quæ tempore solutionis, in loco solutioni destinato, recepta fuerit, quantitatem tempore pinguioris monetæ promissam, sine additamento soluerit. In posterum enim, quamuis adhuc magis corrumpatur internum pretium monetæ, eiusmodi duntaxat nummos, qui, postquam dies reddituum venerit, in regione illa recepti erunt, soluere cogetur. Hoc enim certe debitor præscriptione illa impetrauit, vt nihil teneatur addere ad promissam quantitatem, si nummis quoquo tempore receptis redditus annuos exsoluat, quamuis deprauata fuerit interna bonitas monetæ. Hoc igitur iure etiam in posterum vtetur, futurumque monetæ detrimentum creditori damno erit, qui antea leuiorem pecuniam accepit. Igitur debitor, qui redditus, secundum modulum Imperii, nach Reichs-Fuß, promiserit, sed postea, mutata moneta, nummos, iuxta modulum *Zinnensem*, & *Lipsiensem* per tempus longissimum soluerit, in posterum etiam nummos, quicunque in usu erunt, offerre poterit, neque aliquid addere cogetur, ob monetæ imminutionem.

Sed *pias causas*, quas dicunt, paullo liberalius tractamus: quadraginta enim anni conceduntur, priusquam præscriptio locum habeat: restitutionis etiam in integrum beneficio intra quadriennium vri possunt. Postea vero aduersus factum administratorum suorum non omnino audiuntur. Frustra enim ad INNOCENTI III. præsidium confugiunt, quasi indefensa ecclesia fuisset, cuius administrator aliquid neglexit. *arg. c. 1. X. ne sede vacante.* Frustra etiam ex c. 1. X. de *his, quæ fiunt a praelato*, medicinam petunt. Neque enim *indefensa* est, quæ administratorem præfecit rerum suarum procuratori: & multum refert, vtrum quid *neglectum* fuerit oscitantia administratoris, an aliquid *donatum* & abiectum fuerit a piæ causæ curatore. *Donatio* enim vel alienatio administratoris *irrita* videtur: negligentia vero ecclesiæ ipsi imputabitur, quæ proposuit administratorem negligentem; nisi, intra tempus lege definitum, sibi consulat, & negotium retractet. Certe, si interea rationes ab administratore accepit, & quæ ab illo gesta fuerint, intellexit, neque negotium omnino improbavit, ALEXANDER III. c. 2. & 3. X. de *his quæ fiunt a praelato*, ratum esse illud, quod gesserit administrator, iubet, quasi ipsa tacite rem probauerit, dum non contradixit. Res rationibus responsi illustrabitur, quas integras subiicio, cum antea illarum particulas exhibuerim:

Ob wohl, eines Theils, die zu Verwaltung milder Sachen verordnete Administratores ihren Principalen rechts beständiger Weise, nichts vergeben können, vielmehr die Ecclesia in solchem Falle pro indefensa zu achten, und daher wieder in vorigen Stand zu setzen,

arg. c. 1. X. ne quid sede vacante.

c. 1. X. de his, quæ fiunt a prælato.

demnach, daß durch Annehmung der abgeführten Zinsen, der *pia causa* kein Schaden zugezogen werden mögen, es das Ansehen gewinnt, andern theils, die Zinsen nicht allein, ordentlicher Weise, in eben solcher Münze, darinnen der Haupt-Stamm bezahlet worden, zu vergnügen,

de Berg. Oec. Jur. III. 8. 9. 2.

sondern auch Klägers Vorfahren in der Haupt-Obligation, welche A. 1659. also zu der Zeit, da der Reichs-Fuß in Teutschland noch bestanden, unterschrieben worden, die Bezahlung in guter tüchtiger Münze, den Gilden zu 12. guten Meißl. Silber Groschen gerechnet, mithin in solchen Münz-Sorten, als damahln gewöhnlich gewesen, ausdrücklich versprochen, überdieß, bewährter Rechts-Lehrer Meynung nach, die Zinsen der wieder-käufflichen Haupt-Stämme, von dem *Fœnere*, und denen von einem Darlehn zu entrichtenden *Vsuris* merklich unterschieden, und dasjenige, was von denen gemeinen Zinsen in denen Rechten verordnet, auff diese nicht zu erstrecken,

Horn C. II. Conf. 89. n. vlt.

folglich auch die in l. 5. & 8. C. de *vsur.* enthaltene Rechts Regel, vermöge deren ein Gläubiger, so geraume Zeit die Zinsen in schlechterer Münze angenommen, auch nachhero sich damit zu begnügen hat, bey dieser Sache um so viel weniger Platz zu finden scheint, als auch, seit Errichtung des Leipziger Münz-Fußes, biß zu der Anno 1728. von Beklagten Principalen erfolgten Contradiktion, die zur Verjährung wider die *pias causas*, und der denenselben zustehenden Wiedereinsetzung in vorigen Stand, erforderlichen 44. Jahre noch nicht verstrichen, nechst dem jährliche Einkünfte, denen gemeinen Rechten nach, l. 7. §. vlt. C. de *præscr.* 30 vel 40. ann. überhaupt in der bestimmten Zeit nicht verjähret werden, sondern die *Præscription* von jeder Post absonderlich zu erweisen; Diweil aber dennoch aus denen bey dem Beweis angeführten Quittungen n. 36 lqq. daß nach Einführung des Zin-nischen Fußes, von welcher Zeit die dießfalls nöthigen 40. Jahr, nebst dem *quadriennio restitutionis in integrum* vorlängst verlaufen, und nachhero, wenn gleich die Münze in Teutschland, und absonderlich in Sachsen, verringert worden, die Contrahenten das versprochene Quantum der Zinsen nicht erhöht, sondern Kläger und seine Vorfahren, nach wie vor, einerley Summa abgeführt, deutlich zu ersehen, dahero dasjenige, was

l. 13. & 17. §. 1. D. de *vsuris* und

l. 5. & 8. C. de *vsuris*.

von Empfang geringerer Zinsen verordnet, Klägern ohnstreitig zu statten kommt, in mehrerer Erwägung, die in Teutschland aufgebrauchte, und von denen Päbsten genehm gehaltene Verkaufung solcher Zinsen ohnsehlbar vor ein

ein verkayptes mutuum vsurarium zu achten, immaßen nicht allein in denen Päbstl. Rechten gleich anfangs

Extrauag. comm. de emt. & vendit. 1. & 2.

ob nicht diese Contracte vor wucherlich anzusehen, ein gegründeter Zweifel entstanden, sondern auch in denen Reichs-Gesetzen, absonderlich

Rec. Imp. Aug. d. a. 1530. tit. 26. §. 8.

solches ausgemacht, und aus dieser Ursache, daß von 100. nicht mehr denn 5. Wiederkauffs-Gülden gegeben oder genommen werden sollen, anbefohlen, wie nicht weniger deswegen im Churfürstenthum Sachsen

Tit. 42. §. 8. der E. P. O.

daß von dergleichen Zinsen kein weiterer Zins gegeben werden solle, verordnet, v. Leyf. med. ad ff. spec. 257. med. 3.

aufferdem die Verjährung solcher Zinsen, worunter auch die wiederkäufflichen begriffen, allerdings bestetiget, und daß darauff, auch in dem Falle, wenn der Schuldner dieselben, über Rechts-verwährte Zeit, in geringerer Münze abgeföhret, das Absehen zu richten,

P. II. constit. el. 2. & 3.

verordnet, überdieß durch die Facta derer zu Empfang dieser Zinsen bestellten Einnehmere, nicht so wohl der piæ causæ etwas vergeben, als vielmehr obangeregter Contract erkläret, und solches alles von Beklagten Principalen, durch Approbation der Rechnungen, genehm gehalten worden, mithin diese des beneficii restitutionis in integrum nunmehr sich nicht zu erfreuen haben 2c. c. 2. & 3. X. de his, quæ fiunt a prælato.

XXV.

D I S S E R T A T I O

PRIVILEGIUM PECVNIAE AD CERTVM VSVM CREDITAE EX ANIMO DANTIS AESTIMANDVM.

AD LEG. VII. D. DE EXERCIT. ACTIONE.

VITEMBERGAE, D. XV. DEC. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVI.

§. I.

Hæc societas bonorum, extra quam feliciter viuere non possumus, Beneficia ex non vi & metu, non subtili morositate, sed mutua beneuolentia & communi animo dantibus estimantur.

nibus studiis imprimis continetur. Igitur in æstimandis officiis, non tam quid, & quo successu, sed quo *animo*, qua *voluntate* gestum sit, quærimus: ex hac enim sola, quid quisque mereatur, quo in republica loco sit habendus, intelligitur. Ridet DIO CASSIUS ^{a)} populi Romani leuitatem, qui Octauium, cum Cæsaris hereditatem adiisset, primo *audacter & temere*, mox, cum omnia prospere & ex voto euenissent, *caute & prudenter* rem gessisse iudicabat: πολλὰ γὰρ ἤδη τινὲς ἐν ὁρῶς ἐπιχειρήσαντες, ὅτι ἐπιτυχεῖς αὐτῶν ἐγένοντο, δόξαν εὐβουλίας ἔχον, καὶ ἑτέροι ἀρίστα τινὰ προελόμενοι, μαρτυροῦν, ὅτι μὴ κατέτυχον αὐτῶν, ὥφειλον. Enimuero parum absunt a vulgi insania, si PLINIVM *secundum* audiamus ^{b)} qui honesta *consilia* vel turpia, prout prospere aut male cedunt, vel probant, vel subinde reprehendunt: atque eadem facinora modo libertatis, modo furoris nomine, vel damnant, vel collaudant. Quod, cum in aliis ferri non possit, in illis certe, qui de *beneficiorum* acceptorum magnitudine & *referenda* pro illis *gratia* iudicant, tanto minus excusationem inuenit, quanto magis homines ingenui & liberales, commemoratione laudis & significatione grati animi, ad colendas amicitias, & necessitates aliorum subleuandas, prouocandi esse videbantur. Quapropter non solum plurimum debet SENECA ^{c)} amico, qui dedit parua magnifice, qui regum æquauit opes *animo*, qui exiguum tribuit libenter, qui, paupertatis suæ oblitus, respexit amici egestatem; sed ex generaliter etiam, alio loco, beneficium non in eo, quid fiat, sed in ipso facientis *animo* consistere, ^{d)} & tantum quemlibet fecisse, quantum *voluerit*, & totam illam virtutem ad *animum* duntaxat referendam esse, ^{e)} docet. Neque enim ex ambiguis euentis, quæ fortuna in potestate habet, sex iudicii delectu, quo homines sumus & homo hominem superet, aut dedecus, aut accessionem gloriæ & laudis expectamus. Optime DIODORVS SICVLVS Spartanorum, qui ad Thermopylas occubuerunt, casum & calamitatem honestissimis aliorum victoriis illustriorem esset iudicauit. Χρὴ γὰρ ἐκ τῶν ἀποτελεσμάτων κρίνειν τὰς ἀγαθὰς ἀνδρας, ἀλλὰ ἐκ τῆς προαίρεσεως τὴν μὲν γὰρ ἡ τύχη κυρία, τὴν δὲ ἡ προαίρεσις δοκιμάζεται. ^{f)} Neque inepte Stoici, τὰ ἐκ ἐφ' ἡμῖν, quæ non sunt in nostra potestate: magno animo contemni posse, tradiderunt. Sed ab illis etiam *iureconsulti* acceperunt, vt in lite æstimanda, non quæ per vim maiorem, cui resisti non possit, accidissent, præstanda esse iudicarent, præcipiente GAIO & NERATIO l. 2. §. 1. D. *de peric. & commod. rei vendit.* & l. 31. *de act. emti*; sed quo *animo*, qua *voluntate* quid factum sit; quærendum arbitrarentur. SENECA certe, cum subtiliter disputasset,

vtrum

^{a)} DIO CASS. L. 45. p. 308. edit. Henric. Steph.^{c)} SENECA. I. de benef. 7.^{d)} Id. I. benef. 6.^{b)} PLIN. V. ep. 21.^{e)} Id. II. benef. 31.^{f)} DIOD. SIC. L. XI. p. m. 9. edit. Hannov.

utrum, qui filio beneficium dederit, patrem haberet obligatum, tandem ait, altercatione seposita, ut tanquam *iureconsultus* respondeam, g) *mens spectanda est dantis*. Itaque hic mos Iure Consultorum proprius videtur, ut ex *mente dantis* iudicium ferant. Quod quomodo illis successerit, operæ pretium est, ut obseruemus.

§. II.

Nimirum in omnibus negotiis multum interest, quo quid *consilio*, *Etiam in ci-*
quo *animo* geratur. Neque enim locus est dubitationi, quin in factis illi *uili iudicio*
citis, qui *culpa* deliquerint inuiti, veniam errati imperrent, qua seueritas *animus dan-*
pœnæ minuatur: & qui *casu* aliquem læserint, magis fortunam accusent, *tis & facien-*
quam ipsi accusentur. Sane, in maioribus etiam delictis, docente VLP- *tis spectatur.*
IANNO l. 5. §. 2. D. de poen. refert, *consulto* aliquid, an *casu* admittatur: ut in
omnibus criminibus, hoc distincto, pœna aut iusta aut temperamentum
pœnæ eligatur.

Sed hæc tamen æquitas habet in *ciuili iudicio* plus difficultatis: in quo,
si de obligationibus contrahendis soluendisque disceptatur, magis, quantum
ex altero factus sim locupletior, & quantum ex re tua ad me peruenerit,
quam, quid alter mihi tribuere *voluerit*, tractatur. Sed non tam inhumani
veteres fuerunt, quin, etiam utilitate accipientis intercepta, *animum* dantis
cogitauerint, & qua *voluntate* aliquid factum sit, æstimauerint in officiis
constituendis. Certe *contra dantem* subinde datur exceptio propter *animum*
quo dedit. Aperte VLP- IANVS l. 18. D. de r. c. illum, qui *donandi* animo
dederat, cum alter quasi mutuos nummos accepisset, *doli* mali exceptione
repellendum esse monet, si nummos repetat: quia *secundum voluntatem*
eius nummi sunt consumti. Idem ille alio loco in funeraria actione, l. 14.
§. 7. & 9. D. de relig. non audiendum esse creditorem, ait, qui funeris
sumtus repetit, quos *pietatis* causa fecerit, non hoc *animo*, quasi sumtum
recepturus: æstimandum enim esse, *quo animo* sumtus ab illo factus sit:
utrum negotium defuncti gesserit, vel heredis, vel ipsius humanitatis; an
vero misericordiæ sumtus tribuerit, vel pietati, vel affectioni. Neque
enim MODESTINO atque GORDIANO l. 27. §. 1. D. & l. 15. C. de neg.
gest. vitricus aut frater recte experiri visus est, qui priuignum aut sororem
pietatis causa aluerint, & sumtus repetant in alimenta erogatos: sed nul-
lam huius erogationis repetitionem esse, censuerunt; cum *animo donandi*
factus ille sumtus videatur. Igitur etiam LABEONI atque IULIANO vi-
sum est, prædonem, quamuis meum negotium, sed sui lucri causa, ges-
serit, quia improbe ad mea negotia accessisset, si quid impenderit contrari-
am non habiturum esse actionem, sed ex eius *voluntate* rem inprimis æsti-
mandam. Itaque, cum suo lucro potius operam dedisse, & sibi *voluisse*
adqui-

adquirere quam commodo meo studuisse intelligatur, ipsi non dandam esse repetitionem l. 6. §. 3. D. de *neg. gest.* Ex causa non ablimili *FLORENTINVS* l. 26. D. de *captiu. & postlim. reuers.* *postliminium* illis negat, qui, quamuis corpore reuersi sint, mente tamen alieni videantur: nisi hoc *animo* redierint, ut maneant in patria, in quam sunt reuersi.

Apparet igitur, *contra dantem* subinde, si beneficium retractet & inique repetat, ex *animo* eius atque *voluntate* iudicari. Quæ igitur inuidia est, quo minus etiam *pro dante*, & in fauorem *dantis*, in pretio beneficiis constituendo, *secundum* eius *voluntatem & animum*, decernatur. *GAIVS* certe illum, qui res tempestate, nauis leuandæ causa, abiicerat, earum dominum manere, tradit, quia non hoc *animo* res abiiciantur, ut ad alios perueniant: neque enim inuito beneficium extorqueri posse l. 9. §. 8. D. de A. R. D. Imo vero idem ille *GAIVS* l. 2. D. de *neg. gest.* generaliter iustum esse ait, ut, si quis utiliter quid gesserit, præstetur ei, non quod ad alterum peruenerit, sed quod ipsi eo nomine abest, vel abfuturum esse videatur, quamuis dominus negotii careat fructu negotii administrati. Recte igitur *LABEO* l. 10. §. 1. D. de *neg. gest.* dari actionem ait, quamuis *effe-ctum* non habuerit negotium; adeoque, si quis insulam fulserit, vel seruum ægrotum curauerit, etiamsi insula exusta sit, vel seruus obierit, actione dominum teneri. Quod, ne quis in negotiorum gestorum duntaxat iudicio obtinere credat; audiamus *POMPONIUM*, qui l. 8. pr. D. de *pignor. act.* idem etiam de impensis iudicauit, quæ *in pignus* a creditore factæ sunt. Finge enim, ait, me medicis, cum ægrotaret seruus pignoratitius, dedisse pecuniam, & seruum decessisse, item, me insulam fulsisse, vel refecisse, & postea deustam esse, nec habere me, quod possem retinere; pignoratitiam actionem contrariam habebo: quia *hoc animo* impendi, ut res tua tibi seruaretur.

Igitur ex *animo* dantis inprimis iudicatur, quid ipsi debeatur, ne vel inuitus cogatur beneficium præstare, vel præmio honestatis spoliatur, qui bono animo præstitit officium, quamuis casus fortunæ abstulerit utilitatem. Non vacat ire per negotiorum omnia exempla. Vnum *CELSVS* l. 3. §. 8. D. de *condict. caus. dat.* desiderat, ut luculenter, quo quid animo fiat, declaretur; ne alter, qui nihil tale suspicatus est, decipiatur specie illius beneficii. Constat enim, ait *CELSVS*, eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel eum sibi amiciorem futurum esse, repetere non posse, opinione falsa deceptum. Sed & *POMPONIUS* eum, qui sciens indebitum dedit *hac mente*, ut postea repeteret, non repetiturum esse, docet, l. 50. D. de *condict. indeb.* Recte igitur *VLPIANVS* l. 2. pr. D. *eod.* præcipit, hac lege expressa dandum esse, *ut si apparuisset indebitum, reddatur*, ut locus sit condictioni. Neque tamen,

ut

vt verbis semper indicetur, quo animo aliquid datum sit, exigimus, sed sufficiunt interdum coniecturæ, ex quibus de voluntate dantis constare possit. Ita visum est Scabinis Vitembergensibus mense Augusto huius anni. Offerebatur enim eiusmodi species: emtor prædii emphyteutici sub hasta quingentorum solidorum pretium promiserat, hac lege, ne quid præterea ab ipso exigatur; sed omnia quingentis emta sint. Iam dominus directus laudemium ab illo præter illos quingentos exigebat. Emtor se hac lege emisisse excipiebat, ne quid præter quingentos solueret: seque illos quingentos hoc animo dedisse, vt laudemium etiam illa summa comprehenderetur. Mouebat, quod laudemium alias ad onera emtoris referatur: &, quod pretium non domino directo, sed creditoribus duntaxat, cum quibus in emtione publica quodammodo contrahitur, promitti videatur, vt ex fundo ipsis satisfiat. Sed Scabinis visum est, pro emtore iudicandum esse. Testabatur enim quidam ex assessoribus iudicii, plerumque illic loci emtores pretio generaliter sub hasta definitio, laudemium etiam comprehendere, vt illud ex pretio soluatur. Igitur non levis erat suspicio, emtorem in illa pactione etiam de laudemio se fuisse. Quapropter ad consultationem iudicis I. F. L. responsum est: „Würde C. S. und M. M. vermittelst Endes erhalten, und daß sie, unter denen fol. 47. b. bey dem licito gebrauchten Worten, alle und jede Abgaben, so von einem Käufer zu entrichten, also auch die Lehn-Waare mit verstanden, schweren, so ist das geforderte Kauff-Lehn von denen ins depositum gebrachten Kauff-Geldern nicht unbillig abzuführen. B. N. B. Adiectæ responso rationes: Obwohl C. S. und Consorten fol. 46. b. 500. Thlr. vor das erstandene Guth geborhen, mithin daß die sämtlichen Kauff-Gelder ohne Abzug zur Concurs-Massa zu bringen, es das Ansehen gewinnt, dahingegen das Laudemium von dem Käufer selbst, ordentlicher Weise, zu entrichten;

Diemeil aber dennoch die Licitanten laut des fol. 2. von einer Gerichts-Person erteilten Attestats, daß ihnen fernere Abgaben nicht angesonnen werden mögten, sich ausdrücklich bedungen, auch alle dergleichen Pacta, so einem Kauffe, und überhaupt denen Contractibus bonæ fidei angehängt werden, diesfalls bey Erörterung solcher Streitigkeiten zusehenderst zum Grunde zu setzen, und von denen gemeinen Rechts-Regeln abweichen können, hiernächst der angezogene Gerichts-Brauch, und die attestirte Observanz hierbey nicht gänzlich außer Augen zu setzen, folglich die Käuffere, wenn sie oberwehnte Umstände endlich bekräftigen, mit fernern Abzuge zu verschonen, So ist wie im Urtheil enthalten, diesfalls von uns billig erkannt. Varia de voluntate dantis EMVNDVS MERILLIVS non ineleganter obseruauit. h)

§. III.

h) EMVND. MERILL. ad l. 18. de R. C. in thes. Otton. III. p. 673.

§. III.

*Quædam cre-
dita ob so-
lum dantis
animum ad-
uersus debi-
torem priui-
legium ha-
bent.*

Ergo in æstimandis debitis maxime quærimus, quo quid *animo* factum sit a creditore: & *plus* debemus creditori ob *causam*, atque *animum*, quo dedit. Imo vero obtinuit, ut quidam debitores, qui alias non omnino tenerentur, iubeantur soluere *ob causam*, propter quam pecunia ad ipsos profecta est a creditore; ut inuitentur homines ad præstanda beneficia, quæ publice interest præstari. Igitur quorundam creditorum extra ordinem habetur ratio: quod *SENECA* ⁱ⁾ *priuelegium* appellat: quo sollicitentur quidam ad officium, incertam adituri fortunam: quia expedit, illud non negligi in ciuitate. Eo pertinet, quod, quamuis qui filiofamilias mutuum dederint, decreto amplissimi ordinis omnino repellantur, tamen, si *in eam rem*, quæ patris oneribus incumbit, vel *studiorum* aut *legationis causa* alibi degenti, ad *necessarios* sumtus, quos patris pietas non recusaret, datum sit, *SEVERVS* & *ANTONINVS*, itemque *ALEXANDER*, l. 2. & 5. *C. ad SCt. Maced.* Macedoniani *SCt*i auctoritate non impediri repetitionem dicant, ut in patrem etiam actio concedatur. Finge igitur, te *dedisse* studiorum causa, aut ad sumtus necessarios, qui patris oneribus incumbant: sed porro finge, te, quod fit sæpiuscule, a filiofamilias *deceptum* esse, & pecuniam perditam, aut nugis & alea consumtam: an tibi denegabitur actio, qui *eo animo* dederas, ut nummos ex patris voluntate consumeret cum fructu. Mihi quidem nihilominus videtur locus repetitioni; cum publice inter sit, non decipi aut falli, qui causam studiorum & legationis & necessitatis sua liberalitate & pecunia subleuarunt. Enimvero imperatores l. 2. & 5. *C. ad SCt. Maced.* non ut *versa* sit pecunia in rem studiorum aut legationis, desiderant, sed ut *data* sit *in rem*, quæ patris oneribus incumberet, aut ut credita sit studiorum & legationis causa; ut *ex animo* dantis, non *ex eventu*, æstimetur creditoris priuelegium. Vnum *VLPIANVS* l. 7. §. 13. *D. ad SCtum. Maced.* monet, ne creditor *modum probabilem* in mutuo excedat: certe eam tamen admittit quantitatem, quam & pater *soleat* subministrare. Illud igitur prohibet *ICTUS*, ne sit moleste sedulus amicus, ne quid temere faciat, ne oneret parentem sumtu superuacuo, ne noceat parenti sub imagine amici: sed ut caute circumspiciat, ut credat, quantum ad rem parentis suffecturum videatur, quantum appareat opus esse, ad rem a filio administrandam. Quod si a te factum fuerit, nemo exiget, ut institeris filio, ut comitatus fueris, neque ab ipso ante discesseris, quam nummi in illas necessitates, ad quas a te datæ sunt, insumerentur: sed satis est, te cum cautione, illo *animo*, ut nummi recte collocentur, *ex causa probabili* dedisse.

Non

i) *SENEC. III. benef. II.*

Non multum absimilem speciem IUSTINIANVS tractat, l. 7. C. ad SCt. Maced. Admittit enim *mutuum*, quod militi datum fuerit, ad castrenses causas; neque locum facit senatus consulto, quamuis sub patris potestate miles esset constitutus: *præsumptione enim iuris*, ait, milites non in aliud quidpiam pecuniam accipere & expendere, quam in castrenses causas. Igitur non exigit, ut *sciat* creditor, in quos usus nummi conuertantur: sed excusat creditorem, qui probabili ex causa credidit militi pecuniam ad castrenses usus: quia utilitas exigit, excitari homines beneficos, ad militum necessitates subleuandas.

Quia igitur creditori propter *animum* & beneuolentiam, qua credit, inprimis tribuitur privilegium; VLPIANO placet, etiam de eo, quod quis seruo crediderit, ut *in rem domini verteret*, de in rem verso dominum teneri, l. 3. §. 10. D. de in rem verso. Neque enim postulat, ut sit vere in rem versum, sed ex prudentia & *animo* creditoris rem æstimandam esse censet; ut sufficiat, nummos seruo datos ad vestem comparandam, aut familiam alendam, quamuis non sit comparata vestis, neque aliquid peruenerit ad familiam alendam. Itaque etiam si frumentum periisset, vel corruptum esset in horreo dominico, vel arsisset, aut pecunia seruo excussa esset, aut si insula ruiisset, ad quam fulciendam pecuniam dederis, aut si seruus decessisset, ad quem curandum nummos credideris; dandam esse de in rem verso actionem, ait: quia *vertere in rem domini omnino voluisti* l. 3. §. 7. 8. 10. D. de in rem verso. Recte enim SENECA ^{k)} obseruat, ingratiſſimum esse genus hominum, qui obliuiscantur beneficii, cum primum eius fructus sit consumptus: quasi illud non sit datum, quod cum ad te peruenerit, aliquando potuit consumi. Igitur sola *voluntas* creditoris ipsi sufficit ad de in rem verso actionem. Sed propter calliditatem & malitiam seruorum, cui resistere domini non poterant, VLPIANVS præcepit, ne quis temere & incogitanter seruo crederet pecuniam, quæ in rem domini vertatur: ait enim, si seruus sic acceperit, quasi in rem domini verteret, nec verterit, sed *deceperit* creditorem; dominum de in rem verso non teneri: ne ipsi *credulitas* creditoris aut serui calliditas noceret. *Curiosum* igitur esse creditorem iubet, quo pecunia vertatur, l. 3. §. 9. D. de in rem verso. Itaque apparet, solam *credulitatem* & negligentiam nocere creditori, ne dominus de in rem verso teneatur. Fac igitur me non fuisse credulum: præsentem necessitatem & utilitatem domini persuasisse, ut seruo crederem pecuniam, quam in rem vertat: non fuisse causam suspicandi: sed seruum tamen eluisse meam diligentiam, & nummos in rem domini omnino non vertisse; non existimo, ex mente VLPIANI, denegandam esse creditori actionem. Enimvero etiam in *negotiorum gestorum* iudicio sufficit, rem utiliter & prudenter coeptam esse, quamuis utilitas sit intercepta. Sed ait VLPIANVS,

M 2

l. 3.

k) SENECA. III. benef. 1. & 3.

l. 3. §. 2. D. *de in rem verso* toties de in rem verso esse actionem, quoties procurator mandati, & negotiorum gestor negotiorum gestorum actione, experiri possit. Nemo vero negat, negotium domini ab illo gestum esse, qui seruo quantitatem probabilem credidit ad præsentem domini utilitatem.

Sed in Saxoniae electoratu tamen *augustissimo legislatori* placuit, ex famuli negotio, nisi inter mercatores, dominum *quod iussu*, aut de *in rem verso*, non teneri, nisi iussum probetur, aut omnino in rem versum. Ita enim rescriptum est Dresenæ d. 21. Decembr. clō 10 cc viii.

Ab hac obseruatione non multum abhorret, quod *exercitor* etiam ex mutuo, quod magister navis contraxit, teneatur, propter beneuolentiam, & *causam*, ob quam dedit creditor pecuniam magistro. *Pegasus* enim ait, apud *ULPIANVM* l. 1. §. 8. & 9. D. *de exercit. act.* si *ad usum eius rei*, cui præpositus est ab exercitore, mutuatus fuerit magister, dandam in exercitorem creditori actionem; ut, si ad armandam, instruendamque nauem, aut ad *reficiendam*, aut ad nautas exhibendos, aut, quod *OFILIUS* adiicit, d. l. 1. §. 9. *eod. tit.* si quid dedit, ut in nauem impendatur, aut, quod *AFRICANVS* monet l. 7. §. 1. D. *eod.* ad velum comparandum: propter summam negotiationis maritimæ utilitatem: ne timeant creditores, nauigantibus succurrere, si ambiguum fuerit, utrum teneantur restituere pecuniam exercitores. Habebunt igitur exercitorem sibi obligatum creditores, quamuis alias non recte mutuum contrahant magistri; idque singulari ratione constitutum, ut fructum aliquem habeat creditor suæ *voluntatis*, quam in subitariis necessitatibus, propter publicam utilitatem, studium & animum bene de negotiantibus merendi comprobauit. Sed supina ipsi tamen negligentia nocebit, si perdituro credidit, aut ad velum comparandum illo in loco, in quo velum non possit comparari. Itaque *AFRICANVS* l. 7. §. 1. D. *de exercit. act.* *diligentiam* aliquam debere creditorem ait, ne per eius facilitatem.

— — — *navis Hispanæ magister.*
Dedecorum pretiosus emtor.

materiam dedecoris & facinorum & adulteriorum, quorum, teste *HORATIO* ¹⁾ studiosi erant nauium magistri, exercitore inuito, nanciscatur: ne oneretur dominus beneficio, si multo maior pecunia credatur, quam quæ necessaria sit ad refectionem: ne molesta sit domino liberalitas amici. Ceterum non opus est, ut *probet* creditor, pecuniam in refectionem navis, aut alios usus necessarios *insuntam*: neque in hoc adstringendus, ut ipse navis reficiendæ curam suscipiat aut negotium domini ipse gerat: quod utique futurum esset, si probare teneretur, pecuniam in illos usus erogatam. Satis diligens est creditor, qui circumspexit, an sit navis in ea causa, ut refici deberet, an tanta vis pecuniæ necessaria sit ad refectionem: an illo in loco

¹⁾ *HORAT.* III. Od. 6. v. 30.

loco possit refici, vbi pecunia creditur, an per mendacium ipsi imponat calliditas magistri. Quod si nihilominus eluserit creditoris diligentiam magister, atque ad reficiendam nauem mutuatus, in suos vsus conuerterit pecuniam, aut dedecoris pretium ex illa soluerit, aut alias voluntatem mutauerit magister: ait O F I L I V S, dandam esse in exercitorem actionem: illumque secum conqueri debere, quod praeposuerit improbum magistrum, quem eligere cum cura debuisset: paullo secus, atque supra in seruis obseruatum, quos, inprimis vernas, & captiuos, fortuna nanciscimur, & subinde inuiri retinemus. Sed ne tamen postea creditor per iniuriam, si ad perdendum credidit, praetexat *iustam causam* repetitioni; praecipit O F I L I V S, ab initio *hac lege dari*, & specialiter caueri, *ut in nauem impendatur*, l. 1. §. 9. D. *de exercit. act.* Igitur non ex euentu, sed ex consilio suo cum cautione inito, atque ex voluntate satis declarata, actionis aduersus exercitorem creditor priuilegium habebit.

Sunt & alia quaedam singularia recepta, ad remunerandam creditorum voluntatem atque fidem, qua in necessitatibus magnis pecunias subministrarunt. Oratione enim D I V I M A R C I, quod V L P I A N V S l. 52. §. 10. D. *pro socio*, itemque P H I L I P P V S imparator l. 4. C. *de ædif. priu.* docent, socio, qui communem insulam aut domum *refecit*, praeter pignus, nisi intra quatuor menses pars sumtuum a socio restituatur, *dominium* rei in solidum conceditur: cum alias, ex Romanorum praeceptis, *dominium* pignoris a principe duntaxat impetretur. l. 2. & 3. §. 3. C. *de iure domini impetr.* Immo vero P A V L L V S l. 46. §. 1. D. *de damn. infect.* si respublica domum dirutam aut ruinofam suo sumtu restituerit, non solum vsuras repeti posse, quamuis non promissas, sed confestim etiam, nisi dominus reddiderit impensas, domum publice distrahendam esse, docet; ne quem paeniteat suae voluntatis, qua publicam in reficienda domo vtilitatem procurauit.

Discedam ab hoc loco, si vnum adiecero quod meretur obseruari: in tanto fauore libertatis, qui non permittebat, vt homo liber iure pignoris detineretur, tamen placuisse, vt *redemptori* ciuis captiui, propter misericordiam, qua vsus est, liceat redemptum *iure pignoris* tenere, donec ipsi pretium restituatur. Ita P A V L L V S l. 19. §. 9. D. *de captiu. & postlim. reu.* atque V L P I A N V S, l. 20. §. 1. D. *qui testam. fac. poss.* praeceperunt. Quæ res ita G O R D I A N O l. 2. C. *de postlim. reu.* placet, vt redemptum dicat *iure naturalis pignoris* teneri, propter summam æquitatem; cum, qui libertatem reddidit, parentis impleuisse partes videatur. Sed D I O C L E T I A N V S l. 7. C. *eod. voluntatis* inprimis habet rationem: ideoque illi, qui puellæ a barbaris redemptæ pudicitiam prostituerat, cum *quæstus* turpissimi causâ redemisse videatur, non solum ius pignoris non tribuit, sed ne pretium redemptionis quidem repeti permittit. Ceterum, si duntaxat motus mi-

sericordia redemit, nihil obstat iuri pignoris: placuit tamen illud adstringi paullum, ob fauorem libertatis. Quamuis enim alias *partus* rei pignoratæ, quod ALEXANDER ait, l. 1. C. *de partu pign.* in eadem caussa, qua mater, esse videatur, adeoque pignoris iure a creditore teneatur: DIOCLETIANVS tamen l. 8. C. *de postlim. rev.* liberauit partum, quem mater enixa est post redemptionem.

§. IV.

*Creditorum
priuilegiarii
ob causam
non inique
aliis præfe-
rantur.*

Accepisti, quid *voluntati animoque* creditoris, quo alterius indigentiam subleuauit, tribuendum sit, si ille aduersus ipsum debitorem in ciuili iudicio experiatur. At vero non ibi substitit iurisprudentum diligentia; sed mirifice laborauit in excitandis hominum studiis, alendaque ciuium inter se beneuolentia, & mutuo amore. Quæ res cum inprimis hominum beneficorum *voluntate* contineatur; illi præmio adficiendi erant, quorum insigne studium eminuit, bene de aliis merendi. Igitur placuit constitui quosdam quasi *ordines & gradus creditorum*: ut quanto quis meliori exemplo, & prouidentia, quanto prolixiori *voluntate* debitoribus subuenerit, tanto facilius creditor debitum recipiat, tanto potiori loco in *concurso* plurium constituatur. Sed illos quidem creditores, qui aliis creditoribus *ob causam* crediti in concurso præferuntur: DIVVS MARCVS & ex illo VLPIANVS l. 10. D. *de pactis*, itemque l. 3. D. *quod cum eo, qui in alien. pot.* omnesque veteres magistri nostræ artis, *creditorum priuilegiarios* appellant: posterius vel non intellecta voce, vel certe corrupta, *priuilegiatos* nuncuparunt. Ipsum vero beneficium, vi cuius creditor aliis præfertur, seu ipsum *ius prælationis*, siue quis simpliciter omnibus, sine iure pignoris, præferendus sit, ut l. 17. D. *de rebus auct. iud. possid.* vel, præter ius reale sibi constitutum, alios, quamuis tempore priores, vincat, siue iure pignoris taciti utatur, ut in re certa, quamuis citra conuentionem, præferatur aliis creditoribus, & in summa, si alios vincat in concurso, l. 10. D. *qui pot. in pignor. priuilegium* dixerunt. ^{m)} Inprimis vero, qui ob *animum*, quo crediderunt pecuniam, præferendi sunt, *creditorum priuilegiarii* dicuntur. Generaliter enim *priuilegia*, quod PAVLVVS ait, l. 32. D. *de rebus auct. iud. possid.* non ex tempore æstimantur, sed *ex causâ*, & si eiusdem tituli fuerint, inter se concurrunt. Igitur *ex causâ*, id est, *ex animo*, & studio inseruiendi, *priuilegia* creditorum æstimantur. Præterea PAVLLVS l. 18. D. *de reb. auct. iud. reipublicæ* interesse ait, ut *priuilegia* quibusdam tribuantur: DIOCLETIANVS, etiam & MAXIMIANVS, itemque HONORIUS & THEODOSIVS l. 6. & 20. C. *de postlim. rev.* ob communem & *publicam utilitatem* quibusdam creditoribus fauendum esse, docuerunt. Qua re quamuis nihil possit esse honestius, nihil ad prouocandam virtutem alendamque accommo-

datus;

^{m)} vid. G VILIELM. FORNERIVS select. II. c. 7.

datius; dici tamen non potest, quam odiosa quibusdam visa sint credito-
rum priuilegia, & quam multi conquerantur, his artibus fidem falli, cre-
ditores spoliari, nihil tutum, nihil omnino certum esse, si creditores pro-
pter priuilegium subinde praeferrantur. Inprimis illi, quibus *pignus* expresse
constitutum est, ferre non possunt, spem certam, & praesentem securi-
tatem, quam sua vigilantia & cautione quaesierunt, sibi per alios eripi, ni-
hil tale opinantibus, & quorundam priuilegio eueriti. Plena omnia pericu-
lorum esse, aiunt, semper metuendum esse, ne quis lateat in angulo, qui,
cum debitor collapsus fuerit, profiliat confestim, & reliquis per *priuilegi-
um* eripiat, quod ipsis debebatur. At vero mihi non videntur creditores,
inprimis illi, quibus pignus obligatum est, quamuis *priuilegiarii* creditores,
ipsis praeferrantur, habere iustam causam conquerendi. Nimirum *odio-
sum* est *ius pignoris expressi*, & plerumque etiam cum debitoris iniuria
coniunctum. Multi nunquam conturbassent, nunquam bonis lapsi essent,
si res suas libere administrare ipsis licuisset: quam ipsis facultatem credito-
rum pignoratitiorum auaritia extorsit. Hoc est manu dextra auferre, quid
quid aegre porrexeris sinistra: hoc est, debitorem bonis spoliare, captis pi-
gnoribus, ob securitatem tuam; cum mutuum pecuniam dare volueris, ad
subleuandam eius egestatem. Illud *praeses* ⁿ⁾ alio loco obseruauit. Hi
quidem non amici, sed pignoris, cui incumbunt, fidem secuti sunt. Recte
MARTIALIS. ^{o)}

Cum rogo te nummos sine pignore: non habeo, inquis:

Idem, si pro me spondet agellus, habes.

Quod mihi non credis, veteri, Thelesine, sodali,

Credis colliculis arboribusque meis.

Ecce reum Carus te detulit: adsit agellus,

Exilii comitem quæris? agellus eat.

Non creditoris, non amici, sed nundinatoris partes agit, qui credit indi-
genti, pignore accepto. Quae igitur inuidia est, his tam auaris creditori-
bus homines ingenuos & probos, bene de amicis meritos, propter utilita-
tem publicam praeferrari. Sed ne reliqui quidem nudi creditores, quos chi-
rographarios appellant, iniuriam accipient ex priuilegiis digniorum credito-
rum. Optime SENECA ^{p)} facit gradus quosdam beneficiorum. Primo
enim, ait, *necessaria* inprimis danda, proxime *utilia*, maxime *mansura*,
ut illius rei fructus etiam in posterum prodesse possit indigenti: subinde
etiam *iucunda*. Non inique igitur, quid quilibet debitori praestiterit, quæ-
ritur, in creditorum ordine constituendo: cum sint gradus quidam benefi-
ciorum. Præterea publice interest, quosdam creditores singulari studio &
mise-

ⁿ⁾ Praeses, de periculo & custodia pignoris.

^{p)} SENECA. I. benef. c. 11.

^{o)} MARTIAL. epigr. L. XII. c. 25.

miseriordia defendi, quibus etiam stipem de suo dare deberent nudi creditores. An igitur iuste putas indignari creditorem chirographarium, qui questus sui causa, non tam ut amico, quam ut sibi profit, aut certe negligenter, solo studio pecuniam recipiendi, credidit: an inquam, iuste conqueretur, si *uxor* debitoris, quæ se & sua omnia tradiderat custodiæ mariti, tot eius iniurias tulerat, tot fastidia deuorauerat, si *miles & pupillus*, quibus egentibus, studium virtutis, spes posteritatis, labefactabitur, si *fiscus*, quo locuplete ciuitas vniuersa non egebit, & ex quo fructus diuitiarum in omnes partes reipublicæ distribuuntur, si *alii*, quos sua merita & reipublicæ utilitas commendant, creditori negligenti præferantur? multum interest, quo quid tempore, & quo consilio, subministretur. Quis dubitet plus mereri hominem amicum, qui in *necessitatibus* subuenit, qui in difficultate *annonæ*, aut hostium incurfu, miseratione meæ inopiæ, opem præstitit, ne peream, qui *funus* duxit, ne illud reipublicæ & vicinis & ipsi humanitati molestum sit, qui ægrotum *aluit*, & in summa inopia rerum omnium, ut me mihi restitueret, operam dedit, qui *ædes ruinosas refecit*, ne recto & laribus caream, ne vrbs ruinis deformetur, ne liberi mei & nepotes domo auita careant, & turpiter eiciantur, ne omnium creditorum causa & utilitas, propter meam indigentiam, perdatur: quis inquam dubitet, hos homines habendos esse loco potiori, quam illos, qui cupiditate lucri sui, magis suum, quam meum, negotium gesserunt. Publice interest, non negligi beneficos & bene merituos creditores. Sed propter publicam utilitatem quilibet de suo etiam demenso aliquid comparcere debebat, atque in commune conferre; tantum abest, ut causam conquerendi habeat, si carere credito, quod repetit, cogatur, propter utilitatem publicam, propter digniorum merita, & iniquitatem fortunæ, cum qua etiam optime meriti interdum conflictantur.

Sapientissimo igitur consilio, in dulcissima hac patria, *augustissimi legislatores*, quamuis mirifice faueant communibus commodis omnium omnino creditorum, illaque re in primis fidem & neruum reipublicæ contineri probe intelligant, tamen longum ordinem *creditorum privilegiariorum* tit. 42. O. P. R. reliquis in concursu prætulerunt; imo vero & aliis, quos publica utilitas, & ratio æquitatis commendabat, ius *taciti pignoris & prælationis* quasi postliminio, restituendum censuere.

§. V.

Privilegium illorum, qui ad rem instruendam aut reficiendam crediderunt.

Sed Romano quidem iure præcipuo quodam loco inter creditores habebantur, qui ad rem *ædificandam* atque *instruendam* aut *reficiendam* crediderunt. DIVI MARCI enim oratione, quod PAPINIANVS l. i. D. in qu. *causs. pign. tac. contr.* docet, illi qui ad *restitutionem ædificii exstruendi* mutuam pecuniam dedit, *pignus tacitum* concessum, vi cuius alios vincat,

cat, qui sine pignore nummos crediderunt. *VLPIANVS* l. 25. D. *de rebus cred.* & l. 24. §. 1. D. *de rebus auct. iud. possid.* addit, creditorem qui ob restitutionem ædificiorum dedit, etiam *exigendi priuilegium* habere: idem *PAVLO* in naui placet, l. 26. D. *de reb. auct. iud. possid.* vt, qui ad nauem exstruendam instruendamque crediderint, videantur *priuilegium* habere. Magis explicate *MARCIANVS* l. 34. D. *eiusd. tit.* qui, inquit, quomodocunque *nauis caussa* crediderit, *priuilegium post fiscum* habet. Generaliter *VLPIANVS* l. 5. & 6. D. *qui pot. in pign.* si in rem, quæ alii obligata est, *conseruandam* aliquid creditum, posteriorem priori potiore esse: vt, si ad nauem armandam, vel reficiendam, vel in cibaria nautarum, sine quibus salua naus peruenire non poterat: vel in merces, vt saluæ sint, vel vt *naulum* exsoluatur.

Igitur sufficit ad *priuilegium*, si pecunia ad rem *conseruandam* credatur. Neque, cui credita fuerit, interest, modo hoc animo sit credita, vt res *conseruetur*. *PAPINIANVS* l. 1. D. *in quib. causs. pign.* & l. 24. §. 1. D. *de reb. auct. iud. possid.* etiam illi *priuilegium* non negat, qui redemptori, id est, conductori operis reficiendi, domino mandante, crediderit, ad rem *reficiendam*. Idem in magistro naus supra fuit obseruatum.

Sed mihi quidem hoc *priuilegium*, si quod aliud, videtur habere summam rationem. Quandoquidem enim, quod ex *SENECA* q) adduximus, ista demum beneficia magna sunt, quæ *necessaria*, aut publice inprimis *utilia*, & vtique *mansura* videantur; ille quidem certe, qui *ad reficiendum* dedit, & *necessarium* & *utile* & *mansurum* credidit, & ex omni parte voluit optime mereri. Primo, vt de *necessitate* videamus, nemo dubitat, quin debitori necessarium sit hoc beneficium, qui, si nauem instruere aut reficere non possit, carebit omni fructu sollicitæ negotiationis; vnde se exhibere possit, omnino non habebit: si domum fulcire & restituere nequeat, rem sartam rectam non habebit, profugiet a laribus paternis, quod veteres non solum durum & acerbum, sed etiam ignominiosum crediderunt: denique a curatoribus reipublicæ compelletur, aut a præside prouinciæ, qui, docentibus *PAVLO* atque *VLPIANO* l. 46. D. *de damn. infect.* & l. 7. D. *de off. præsid.* inspectis ædificiis, caussa cognita cogunt dominos, vt reficiant, atque aduersus detrectantes vtuntur acriori remedio, vt deformitati consulatur. Sed, vt restituatur domus etiam *vicinorum* interest, qui cautionem *damni infecti* postulabunt, ni restituas confestim, l. 28. D. *de damn. inf.* denique & *creditorum* necessitati refectione consulitur, quibus *caussa pignoris* seruetur, & quibus satisfacere debitor non posset, si commercii prohiberetur, si nauem exercere non posset, si ædibus careret, suffugio & receptaculo tutissimo, ad quæstum faciendum.

Ita-

q) *SENEC.* I. de benef. II.
Fasc. IV.

Itaque propter illam *necessitatem omnium*, merito præfertur, qui credidit ad rem conseruandam: aut reficiendam: & præterea etiam propter *publicam utilitatem*, quæ non solum maxima videtur in maritima negotiatione; l. 1. §. 20. D. de exerc. action. sed in refectione ædificiorum etiam tanta est, vt imperator LEO l. 22. C. de oper. publ. etiam in publicis operibus plus mereri laudis credat illum, qui vetusta & collapsa restituat, & inchoata perficiat, quam qui noua moliatur. Interdum enim si dominus cunctatus fuerit, etiam publico sumtu ædes priuatorum restitutas, ex observatione PAVLLI l. 46. pr. & §. 1. D. de damn. infect. intelligitur. Itaque & *utile* beneficium præstitit, qui ædes refecerit amici indigentis. Denique si & *mansurum* desideras, quid magis immortale est in humanis rebus, quam quod etiam nepotibus & posteritati profuturum esse videatur.

§. VI.

Privilegium pecunie ad reficiendum creditæ ex animo inprimis æstimatur sed hic animus probandus est, quid si non refecta sit domus aut refecta non perduret.

Igitur creditori merito propter summam æquitatem *pignus tacitum* conceditur, cum privilegio *prælationis*, si credidit ad rem conseruandam, aut reficiendam. Neque tamen temere creditur, pecuniam ad reficiendum datam esse. Itaque creditor probabit, *ad quam causam*, & *quo animo*, demis æstimauerit pecuniam. VLPPIANVS l. 1. §. 9. D. de exerc. act. etiam in pecunia magistro nauis data ad *reficiendum*, desiderat, vt specialiter expressum sit, *hac lege* nummos dari, vt adhibeantur ad *refectionem*. Idem igitur necesse erit, si quis aduersus creditores vti velit privilegio refectionis. Non enim minus fauendum est reliquis creditoribus, quibus nihil imputari potest, quam exercitori, præposuit magistrum. Itaque *hac lege* dari debet pecunia, vt ruinofum ædificium reficiatur. Sed vtrum *in chirographo* hoc exprimendum sit, quod ad reficiendum data sit, an sufficiat *per testes* illud comprobare, dubitatum. VLPPIANVS quidem tacet de chirographo: vnum postulat, vt *hac lege* detur, & specialiter exprimatur, nummos ad reficiendum dari: sed apparet, de hoc etiam verbis pacisci posse creditorem, quamuis chirographum non fuerit conscriptum. In *Saxonie electoratu* tamen, cum olim locus esset illi privilegio, placuit *chirographum* dari, illique hanc inferi conditionem, §. VI. tit. XLIII. O. P. S. Wenn einer dem andern zu Erbauung, Besserung, und Erhaltung eines Hauses oder andern Guts Vorstreckung gethan, und daß es zu dem Ende geschehen, in der obligation ausdrücklich gemeldet hätte, auch erweislich wäre, daß es eine Nothdurfft, und die ædes ruinofæ gewesen, So hat er derowegen auf demselben Gute, neben der stillschweigenden Verpfändung, ein privilegium, daß er denen, welchen des Schuldners Güter zuvor ausdrücklich verpfändet, mit der Zahlung vorgehet &c. &c. Hoc igitur *iure scriptura* videtur ad *formam* huius negotii requiri. Vti fere IUSTINIANVS Nouella XCVII. C. 4. illos qui ad *militiam*, & *alias eiusmodi causas* crediderunt, non patitur vxoribus præferri,

ferri, nisi hoc specialiter in *instrumento* sit expressum, & pactus fuerit creditor cum debitore, ut ipse aliis creditoribus in hac causa *præferatur*.

Præter illam conditionem expressam AFRICANVS l. 7. §. 1. D. *de exerc. act.* etiam *diligentiam* præcepit creditori: ne temere maior summa, neque, nisi nauis fuerit in illa causa, ut refectione indigeat, neque alio loco, quam ubi refici commodè potuerit, credatur: quod supra a nobis obseruatum est. Finge igitur te adhibuisse illam diligentiam, sed nummos nihilominus a debitore, in usum alium conuersos: an locum priuilegio omnino faciemus? Et mihi quidem videtur, si postea resecta sit nauis, aut domus, aut fundus debitoris, quamuis non ex tuis nummis, nihil obstare creditoris priuilegio. Nemo enim cogitur ipse reficiendae curam suscipere, aut negotium domini gerere, dum credit ad reficiendum. Ipse AFRICANVS, etiam in institoria actione, non illud a creditore exigendum esse ait, ut ipse curam suscipiat, an pecunia in hanc rem erogetur: l. 7. §. 2. D. *de exerc. act.* Idem fere IUSTINIANO l. ult. C. *de pign.* placuit in illis, qui ad *militiam redimendam* crediderunt. Ait enim *militiam* creditoribus, etiam *non probantibus*, ex pecuniis eorundem debitores militasse, modo contrarium non probatum fuerit, hypothecae iure obligari. Multa de illo argumento LVDOVICVS CHARONDAS obseruauit ^{r)} *augustissimus certe legislator Saxo*, in verbis: quae proxime adduximus, id vnum poscit, ut probetur, *aedes ruinosas, & refectionem necessariam* fuisse; Und erweislich wäre, daß es eine Nothdurfft, und die aedes ruinosae gewesen. Quid igitur attinet probare, mea pecunia resectum esse aedificium. Eiusmodi species superiore anno *scabinis Vitembergensibus* oblata est. Crediderat quidam ad *reficiendam* domum: debitor in chirographo illud etiam expresse- rat. Res in controuersiam deinde trahebatur. Curator litis aiebat, nummos non in refectionem erogatos, sed aes alienum illis exsolutum esse. In ipso etiam chirographo debitor se pecunia *inprimis*, hauptsächlich, non omni modo, ad refectionem indigere. Accebebat, quod illam pecuniam debitor acceperat intra tempus nundinarum, in quibus aes alienum dissoluerat: ut videretur nummos, ad reficiendum creditos, ad usum nundinarum potius adhibuisse. Sed domus tamen ruinosae fuerat, debitor etiam postea refecerat domum ruinosam. Igitur senatus Goerlicensis hunc creditorem priuilegiarium iusto loco constituerat, & praetulerat creditoribus pignoratitiis quibusdam. Illi, leutatione interposita, aegre rem ferebant, & senatus sententiae indignabantur. Sed placuit *scabinis Vitemb.* confirmare sententiam senatus, si iuraret creditor, se diligentiam adhibuisse, & iusta opinione credidisse, debitorem pecunia usurum ad refectionem. Igitur mense Octobri cło 15 cc xxxv. pronunciatum: Würde ermeldte N. daß sie gewiß glau-

N. 2

be

^{r)} LVDOV. CHAROND. verisimil. l. c. 14. in thes. Ottonis T. I. p. 714 sq.

be und davor halte, daß der Schuldner, Hans G. T. die von ihrem Vater ihm zu Wieder-Aufbauung seines abgebrannten Hauses vorgestreckten 50. Thlr. darzu nöthig gehabt, und anwenden wollen, vermittelt Endes erhalten, demnach in Supplementum schweren, So bleibet es der eingewandten Leistung ungeachtet bey vorigem 2c. 2c. Urthel nochmahls billig V. N. W. Res ex rationibus adiectis apparebit: Obwohl in dem gerichtlichen recesse fol. 46. daß die liquidirten 50. Thlr. dem Schuldner hauptsächlich zu Wieder-Aufbauung des abgebrannten Hauses dargelehnet worden, ausdrücklich enthalten, hiernächst, daß jener kurz darauf solchen Bau vorgenommen, eingeräumt wird, mithin die N. auch ohne Ablegung des zuerkannten Endes in der 4ten Classe dem Ansehen nach befriediget werden könnte.

D. A. D. das Vorzugs-Recht, so dergleichen Darlehn gegönnet worden, als ein ius singulare, strikte zu erklären, auch aus dem Vorgeben und Geständniß des Schuldners allein, in Ansehung der fol. 217. angeführten Umstände, zum Schaden anderer Gläubiger, obgedachte Qualität des Darlehens nicht erhärter werden mag, sondern desfalls eine mehrere Gewißheit nöthig, gleichwohl daraus, das angeregtes Haus, nachdem der Schuldner das Capital empfangen, wieder aufgebauet worden, eine starke Vermuthung vor die N. allerdings entsteht, in mehrerer Erwägung, zu Behauptung des dergleichen Schulden gegebenen Privilegii nur so viel, daß das Grund-Stücke, zu dessen Wieder-Aufbauung die Gelder aufgenommen worden, eine reparatur gebraucht, und es wahrscheinlich gewesen, daß die vorgestreckte Summe darzu angewendet werden solle, in den gemeinen und Sächsischen Rechten erfordert wird, l. 7. D. de exerc. act. & §. 6. tit. XLIII. O. P. S. demnach die N. zu dem de credulitate abzulegenden Erfüllungs-Ende als Erbin des Gläubigers nicht unbillig gelassen wird 2c. Idem illud in aliis etiam creditis privilegiariis, vt, in eo, quod ad annonam, aut ad sementem faciendam, datum, obtinebit.

Igitur habebis privilegium, si circumspēcte summam modicam dederis ad *usum probabilem* refectiois. Sed ille nodus est implicatio, si domus quidem sit *refecta*, at *refecta non perduret*; sed nihilominus collapsa sit, aut vindarum, aut incendio perempta: vtrum creditori inter privilegiarios adhuc locus concedatur. Age igitur, expediamus. Sed pignoratitiam quidem, & de in rem verso actionem aduersus ipsum debitorem concedi, nemo dubitat, quamuis utilitas intercepta esset, aut seruus decessisset, quem creditor redemerat, vel insula ruiſſet, quam fulserat, vel frumentum arſiſſet, quod comparauerat, vel, pecunia sine culpa perdita fuisset, quam ipse dederat, vt in rem domini erogaretur. Illud enim supra fuit comprobatum. Sed aliam esse causam aiunt, si de obligatione domini, aliam si de praeiudicio & damno reliquorum creditorum disputeretur. Inprimis *VLPIANVM* in partes vocant: qui l. 5. & 6. D. qui pot. in pign. ob hanc solam causam

sam creditori, qui ad refectiorem mutuum dederat, priuilegium concedit, quia eius pecunia totius pignoris causam saluam fecit: sed illam rationem infirmari dicunt, si res perierit post refectiorem. Certe BARCLAIUS, ^{s)} uti est subinde lepidus, creditorem anteriorem, posteriori, qui ad reficiendum mutuos nummos dederit, in pignore areæ præferri posse putat, si domus incendio perempta sit: quia cesset ratio, ob quam posterior ab ULPIANO præferatur. Enimuero ingenio suo hoc BARCLAIUS debuit, non disciplinæ artis nostræ. Primus enim ius taciti pignoris mutatione rei non perimitur. MARCIANUS certe, l. 16. 2. D. de pignoribus quamuis ex domo horti facti sint, hypothecam ait perdurare. Sed LABEO etiam, & PAVLLUS l. 35. & 29. §. 2. D. de pign. præcipiunt, pignoris persecutionem perdurare, quamuis domus exusta sit, areamque Titius emerit, & suis sumptibus extruxerit: quamuis bonæ fidei possesores non aliter cogantur ædificium restituere, quam sumtus, quatenus pretiosior res facta est, reciperent. Igitur, cur extorquebis creditori pignus tacitum cum priuilegio, quod in domo exusta etiam perdurat. Deinde, ut ULPIANO l. 6. D. qui pot. in pign. respondeamus; non hæc est mens ULPIANI, ut eum, qui ad refectiorem credidit, ob hanc solam rationem præferri aliis creditoribus prioribus existimet, quia saluam causam totius pignoris fecerit. Hanc enim rationem duntaxat consolationis causa creditoribus obiecit. Ipse enim eadem l. 6. pr. & §. 1. D. qui pot. in pign. etiam eum, qui sumtus in cibaria nautarum erogauit, potiores esse docet, quamuis cibaria nautarum, pro voracitate huius generis hominum, confestim consumantur. Igitur conceditur priuilegium, quamuis res fuerit consumpta. Præterea priuilegia creditorum, quod supra ex PAVLO monui, non ex euentu, sed ex causa atque animo, quo nummi dati sunt, in primis æstimantur. l. 32. D. de reb. auct. iud. possid. ut inuidentur creditores, in magnis necessitatibus, debitori indigenti, ob publicam utilitatem, subuenire. Sed quæ erit illa inuitatio, si ab incertissimis casibus fortunæ pendeat, utrum postea recipiant debitum, & creditoribus reliquis in concursu præferantur. Ipsas funeris impensas nemo negat, ob priuilegium, reliquis debitis præferri, quamuis, postquam funus ductum est, exinde non magis salua sit causa pignorum & creditorum, certe, conditio creditorum per illam procuratiorem non sit melior effecta.

Itaque datur priuilegium creditori, quamuis res refecta sit perempta. Sed, ut solet quæstio alia ex alia enasci, illud habet plus difficultatis, utrum, si plane domus non refecta sit, ad quam restituendam nummi credebantur, priuilegio locum faciamus. BARCLAIUS quidem, quem paullo ante excitauimus, itaque BRUNNEMANNUS ^{r)} & alii plerique, ut res vere sit refecta, desiderant, si creditor iure pignoris & priuilegii præferri velit. Sed de ipso quidem iure pignoris non sine colore dubitatur; quandoquidem

s) BRUNNEM. de concurs. credit. c. 5. §. 29.

r) Id. ibid.

VLPPIANVS l. 5. D. *qui pot. in pign.* quo loco de iure pignoris inprimis disputat, aliquid *impensum* esse in rem conseruandam, postulat, vt creditori pignus tacitum concedatur. Itaque videtur creditor non habere pignus tacitum, nisi res vere sit resecta. Quamuis vero & huic legi VLPPIANI adferri possit medicina, si *impensum* ex parte *creditoris* intelligamus, qui, quantum per ipsum stetit, impendit pecuniam in rem conseruandam, dum ad illam rem reficiendam credidit probabili opinione; tamen, vt dixi, vincimur eruditissimorum hominum censensu. Negant enim pignus dari creditori, nisi res fuerit resecta. Sed ausim tamen affirmare, *pruilegium personale* tribuendum esse creditori, qui ad reficiendum dederit pecuniam, quamuis ædificium non fuerit resectum. Abscisse enim VLPPIANVS, l. 25. D. *de reb. cred.* & l. 24. §. 1. D. *de reb. auct. iud.* qui *ob restitutionem* ædificiorum, inquit, crediderit, in illam pecuniam *pruilegium* exigendi habet. Idem & PAVLLVS l. 26. D. *de reb. auct. iud. poss.* & MARCIANVS l. 34. D. *eod. tit.* affirmant. Leges igitur Romanorum ob voluntatem & causam *pruilegium* creditoribus tribuunt, si *ob restitutionem* & *ad resectionem* aliquid credatur: sed vt res sit restituta & resecta, non desiderant: nec video, cur sine lege difficultates *pruilegiariorum* augeantur.

In Saxonia Electorali quidem, ob insignem abusum, cum alii creditores sæpius decepti sint, per prælationem *pruilegiariorum*, iam nunc cessat *pruilegium resectionis*. Sed qui ante publicationem *ordinat. process. recognit.* ad reficiendum crediderunt, etiamnum *pruilegio* vtuntur. Nuper quidem inclutus ordo *ICTorum* Lipsiensium in illo argumento a *Scabinis* Lipsiensibus dissensit, & in causa M. G. H. contra creditorem I. G. G. qui ad illud *pruilegium* prouocabat, litem ita iudicauit: Daß Klägers Suchen nicht statt hat, Er ist auch Beklagten die Unkosten, so viel Er deren verursacht, zu erstatten schuldig. Huius responsi has reddiderunt rationes: Obwohl Klägere actionem hypothecariam angestellet, und das fundament auf ein stillschweigendes Unterpfind, so sie auf Beklagten's Hauße, wegen 95. Thlr. die ihre Mutter D. G. dem vorigen Besitzer L. I. G. S. zu Wieder-Auf- und Ausbauung desselben geliehen, gesetzt, auch zu deren Behuff auf die alte Chur-Fürstl. Sächsl. Process-Ordnung tit. 43. §. 6. und deren allergnädigste prolongationen sich bezogen, dahero sie, daß die Klage beständig wäre, in denen Gedanken stehen D. a. u. D. was in der alten Process-Ordnung an besagten Orte disponiret, durch die erläuterte und verbesserte ad hunc tit. gänzlich aufgehoben, der casus auch von der hypotheca tacita, wenn einer zu Erbauung, Besserung und Erhaltung eines Haußes Geld dargeliehen, in denen Allergnädigsten prolongationibus de ao. 1730. 1732. & 1734. nicht mit exprimiret, die erst indulgirten 6. Jahre auch längstens vorbei, folglich es bey der Berordnung der erläuterten Process-Ordnung

nung ad tit. 43. in verbis: Sezen und ordnen demnach 2c. gelassen worden, Nachst dem derer Klägerer Mutter nach diesem keine gerichtliche Hypothec ihres Darlehns halber bestellen lassen, und also sie keines Unterpfands weiter sich zu erfreuen haben; So ist wie im Urthel enthalten, von Uns billig erkannt. Sed *scabini*, lenteratione interposita, pro privilegio pronunciarunt: Nunmehr aus denen Acten so viel zu befinden, daß, in Ansehung, durch das allergnädigste Mandat de dato den 24. Septembr. 1734. das stillschweigende Unterpfands-Recht bey denenjenigen, so dergleichen vor publication der erläuterten Proceß-Ordnung bereits würcklich gehabt, hinführo biß zu anderweitiger gnädigsten Verordnung, bey seinen Kräften annoch verbleibet, und die zu Wieder-Erbauung eines ruinösen Hauses dargeliehenen Gelder dabey nicht ausgenommen, hierüber die zehn an dem libellirten Hause erst am 11. Nouembr. 1732. also lange nach der gemachten Schuld, M. N. S. gereicht worden, Kläger mit seinem Suchen nicht abzuweisen 2c. 2c. Icti vero Vitembergenses, ad quos causa tandem delata est, secundum verba sapientissimæ legis Saxonicae, d. 24. Septembr. 1734. promulgatae, mense Nouembri huius anni, in scabinorum sententiam iuerunt. Ita enim expresse *augustissimus legislator*: Als setzen, ordnen und wollen wir, daß das stillschweigende Unterpfands-Recht nicht allein bey denenjenigen, so dergleichen vor Publication mehr angezogener erläuterten Proceß-Ordnung, bereits würcklich gehabt, hinführo biß zu Unserer anderweitigen gnädigsten Verordnung, bey seinem Kräften annoch verbleibe 2c. Igitur ne in *Saxoniae electoratu* quidem superuacuum est, quaerere de privilegio pecuniae ob refectionem aedificiorum datae.

XXVI.

OBSERVATIONES QVAEDAM FORENSES
**DE SENATORIBVS
ET QVATENVS EX EORVM
FACTIS CIVITAS TENEATUR?**

VITEMBERGAE, IPSIS KAL. FEBR. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

Disputationem iuridicam eandemque inauguralem mihi meditati var. *Proœmium.*
ria obuenerunt argumenta, in quibus discutiendis vires periclitari licuisset.

Quo-

Quoniam vero in munere, quo, per Dei gratiam, quatuor & quod excurrit lustra, functus sum, sæpius de eo, an & quatenus vniuersitas seu ciuitas ex factis atque administratione collegii senatorii vel coniunctim sumti vel singulorum membrorum teneatur, disceptandi, & quid de illa causa statuendum, excutiendi ansa fuit; hinc apud animum constitui, de hac materia, pro modulis ingenii & virium mearum, capita quædam & non nullas observationes publici iuris facere, atque in rationes eius inquirere. Monendus autem ante omnia lector beneuolus est, me, in rerum argumentis versantem & a studio theoreticarum subtilitatum per multos annos remotum, illis diu non immoraturum, sed quid usus fori ferat, demonstraturum esse, quod institutum ut Deus T. O. M. felix faustumque esse iubeat, lector autem æqui bonique consulat, enixe ac modeste rogo.

§. I.

*Explicatio
nominalis
remittitur
ad compen-
dia iuris.*

Ut de nominali explicatione verborum ac titulorum in rubro occurrentium multum sollicitus sim, nec instituti mei ratio permittit, nec attinet, cum in omnibus compendiis iuridicis tyronibus iuris hæc omnia satis explicentur, imo per se satis nota ac cognita sint.

§. II.

*Factum ex
quo obliga-
tio resultat,
quotuplex?
& de quo
hoc loco ser-
mo sit?*

Quoniam autem omnis obligatio vel immediate *ex lege* descendit vel *ex facto*, & quidem regulariter proprio oritur, tot, tit. cod. *inter alios act.* & iuxta vulgata, res inter alios acta tertio non præiudicat; de hoc *facto* tantum notari conuenit, quod illud duplex in iure obueniat, alterum *absolutum* & generale, quod dicitur in specie *actus* l. 19. ff. de V. S. & l. 77. d. R. I. alterum autem *obligatorium*, quo quis alteri obstringitur, & ex quo ei, qui alterum obligatum tenet, ius in personam competit l. 3. & 38. ff. d. O. & A. De hoc igitur postremo in dissertatione nostra sermo erit, & expendendum, an & in quantum *ciuitas* seu vniuersitas *ex factis senatorum & administratorum* ad aliquid agendum vel patiendum obligetur.

§. III.

*Ciuitas
quid?*

Vocabulum *ciuitatis* hoc loco non in sensu politico accipiendum, quo sumitur pro iure ciuitatis & iuri pagorum opponitur, & hinc potius ius vr-bis quam ciuitatis nominandum esset. Eo enim sensu ciuitates in imperia-les liberas, municipales & mixtas, vel, ratione dignitatis & eminentiæ, velut in Saxonia nostra, in ciuitates des engen und weitem Ausschusses it. in die gemeinen Städte dispesci solent: sed iam ciuitatem intelligo cætum ho-minum ad rem publicam & communionem iurium quorundam sub eodem capite auctoritate publica coniunctorum: vel breuius: vniuersitatem, eine Commun, Gemeinde, quæ per alios regitur, & cui per administratorum facta subinde damnum vel præiudicium adfertur.

§. IV.

§. IV.

Notandum porro, nos, quando de factis senatorum vel administratorum, & quatenus ex iis ciuitas seu vniuersitas non nihil detrimenti seu incommodi patitur, sermonem instituimus, nequaquam ea excludere, quæ ex omissione officii senatoribus vel administratoribus incumbendis noxia oriuntur, ipsisque imputantur; cum illa certe, experientia quotidiana id satis loquente, ciuitati seu vniuersitati longe maiora incommoda adferant, quam ea, quæ senatores vel administratores agere solent; dum haud facile aliquid momenti cuiusdam sine circumspectione, quæ ipsos decet; & in consilium adhibitis peritioribus, aggrediuntur.

§. V.

Vocabulum *senatoris*, vt de hac voce paucis dispiciamus, procul dubio a senio deriuatur, quia nimirum senatores ob virtutis præstantiam, quæ regulariter in ætate prouectiores, ob iudicium longo vsu magis exercitatum & confirmatum cadere solet, his muneribus admoueri par est; cum Romani etiam senibus fere eundem honorem quam magistratibus tribuerint l. 5. ff. de iur. immunit. & senes multis prærogatiuis præ iunioribus gaudeant, quarum quinquaginta Theodosius Schöpffer tract. de iure senum in prooemio ex Tiraquell. recenset. Germanice vocantur senatores: *Raths, Personen, Raths, Herren, Rathmanne, Raths-Freunde*, qui diuersus stylus in tabulis publicis sæpe vsurpatus est. Per omnes vero denominationes illas præcipue per vocem: *Raths*, sine dubio id indigitatur, quod senatores instructi esse debeant prudentia rerumque notitia, vt aliis consilio adesse & rempubl. sapienter regere, atque communicatis inter se consiliis administrare possint: hinc etiam titulo honoris: *Hoch- und Wohl-Weise* compellantur. Sub senatoribus vero etiam consules, salua eorum eminentia & prærogatiua, nec non assessores comprehendendi, expeditum esse, & a nemine in dubium vocari iudico.

§. VI.

Quamquam vero inter nostros consules atque senatores Germanicos & Romanos magna intercedit differentia; quod Dn. KNORR. diss. inaugur. sub præsidio illustris de LVDEWIG. Halæ 1721. habita studiose, ostendit, simulque discrimen inter Decuriones Romanos & hodiernos senatores copiose illustrauit; nihilominus tamen hi cum illis in eo conueniunt, quod consules & senatores nostri æque ac Romani vbique ferme locorum libera electione collegii senatorii, secundum numerum suffragiorum, accedente apud nos principis, cui subsunt, confirmatione, collegio adscribuntur: ex inde etiam est, quod hi consules & senatores non facile in consulto principe ab officiis suis summoueri possunt. conf. ZIEGLER. de iur. maj. lib. 1. c. 29. §. 3 seq. B. de BERGER obseru. III. suppl. ad el. crim.

Fasc. IV.

O

§. VII.

§. VII.

*De remotio-
ne & suspen-
sione senato-
rum.*

Notanter autem §. præced. dixi, quod senatores non facile, nec incon-
sulto principe a muneribus suis remoueri soleant. Quid si vero consul vel se-
nator graue delictum depositione & amissione iurium suorum dignum admiserit,
annon inscio principe per sententiam dicasterii cuiusdam statione sua priuari
possint dubitatur. Quod ego quidem affirmare non dubito, de *suspensione* in
primis, ad quam facilius quam ad remotionem progredi licebit, cum per
hanc quidem damnum irreparabile remoto inferatur. Dicasteria scilicet &
collegia iuridica auctoritate publica ad acta pronunciant, inprimis si ab ipso
principe, vel eius iussu consulantur; certe suspensioni plerumque, ob in-
quisitionem ex capite falsi dictatam, locum fieri videas. Hinc cum senatori
cuidam, qui nomine senatus steuras, quas vocant, simul recipiebat, & de
residuo postulabatur, responsio ad articulos inquisitionales iniungeretur. Dni
scabini Lips. m. Ian. 1709. pronuntiabant: *Dasß wider ihn mit der Inquisi-
tion gebührend zu verfahren, und er Articuls-Weise zu vernehmen, wird auch
bey dem Raths-Stuhl ab officio nicht unbillig suspendiret.* Sed de ipsa
remotione non facile, nisi iussu principis, sententiam dicasteria ferent. Ne-
mo enim munere, quod a principe ipso, vel per eius confirmationem, im-
petrauit, nisi ipso conscio, exui & priuari posse videtur. Itaque cum con-
sul quidam (quem casum Dn. Præses mihi narrauit,) contra fidem iuris
iurandi ab ipso præstiti, tempore periculi pleno & minime opportuno, e
ciuitate, per dies aliquot, priuati compendii causa, non impetrata venia
aufugisset, Dni Icti Vitembergenfes m. April. 1735. non permiserunt sena-
tui, vt consulem ordine moueret, sed rem ad principem referendam esse
censuerunt: verbis: *Daßern er aber von Ihro Hoch-Fürstl. Durchl. zu N.
wegen seines Bürger-Meister-Amtes confirmiret worden; so ist zusehenderst
in der Sache ein unterthänigster Bericht zu erstatten, und gnädigste Resolu-
tion darauf zu erwarten.* B. N. B.

§. VIII.

*An senator
ad articulos
inquisit. re-
spondere coa-
ctus & postea
absolutus ad
officium
suum redire
possit?*

An vero talis consul vel senator ob inquisitionem contra se decretam
& post responsionem ad articulos inquisitionales, perpetuo a collegio, cuius
membrum fuit, abesse debeat, & ad illud redire non possit? inquirendum.
Collegio senatorio viros integræ vitæ & honestos assidere debere, qui ciuibus
vita inculpabili præluere, & in peccantes animaduertere possint, res ipsa
loquitur. Romani enim etiam illos, qui flagellorum ictibus, quamuis sine
infamia, subiecti fuerant, in ordinem recipi inhonestum putauerunt. l. 12. ff.
de decur. maxime in eis ciuitatibus, quæ copiam virorum honestorum ha-
bent. Inquisitione autem præcipue ex causis famosis decreta existimatio & fa-
ma non parum sugillatur, auctoritasque minuitur: itaque inquisitione notatus
subinde bene sibi consulat, si sponte officio magistratus se abdicabit, quia
alios

alios delinquentes vel non nisi reclamante conscientia, & cum indignatione virorum grauium punire, vel certe vix sine pudore officio suo defungi potest. Quoniam autem inquisitio sola, vt ictus fustium, per l. 25. ff. *de his qui not. infam.* non infamat, sed causa, propter quam quis illam meruit; mitius statuendum & tali, finita inquisitione, quæ inculpato infamiam non irrogauit, reditus ad munus suum non denegandus erit: maxime, cum sceleris hominum moribus, testiumque leuitate saepe innocenti facinus imputetur, & facile vir honestissimus neglecti officii redargui possit, qui, si se ab inculpatione liberauit, omnino restituendus &, per inquisitionem & suspensionem ab officio eiusque emolumentis, iam satis afflictus, non vltius affligi debet. Quapropter cum collega ordinis senatorii N. Idemque aurifaber corruptæ & imminutæ monetae infimulatus sententia Dnn. scabinorum Lipsi. inquisitione & postmodum territione verbali dignus iudicaretur, adeoque ab officio suspenderetur, defensione vero sua id efficeret, vt sibi purgatorio iuramento ab inculpatione se liberare permetteretur, & hoc iuramento præstito ad officium & dignitatem senatoriam iterum admitti cuperet, reliqui collegæ fluctuabant, & ipsi reditum ad eam negabant: tandem autem laudatum scabinatum de re illa consulebant, qui m. Jun. 1680. ita respondit. Diemeil die bloss Inquisition, ohngeachtet selbige auf genugsame Indicia angeordnet, niemand an seinen Ehren anrichtig machet, S. auch noch zur Zeit keinen Mißhandlung überführet, da er nunmehr vermittlest Endes sich gereiniget, allerdings vor unschuldig zu achten, gestalt er denn auch durch Urtheil und Recht von der Inquisition absolviret, nach mehrerm Inhalt der überschickten Acten und eurer Frage; So wird er bey seinen Ehren- und Raths- Stand nochmahls gelassen, und zu denen Raths-Versammlungen auch Verrichtungen, wie vorhin billig gezogen. B. A. W.

§. IX.

Restarent plura de consulum & senatorum habilitate, requisitis dignitate, iuribus, commodis & oneribus; sed verendum, ne, si his recensendis diu immoremur, opus nimium excrescat, & nos longius iusto a scopo aberremus; vt taceam ea passim a Dd. esse exposita, cum in compendio ea recensuerit B. de BERGER oeconom. iur. lib. I. tit. II. th. 10. not. 1. & pro diuersitate locorum, varia esse videantur. Id vero expendi meretur, an non cum fere vbique, præcipue in Saxonia nostra, munera consulum & senatorum annua sint, satius foret, perpetuum senatum, constitui. Laudat, prout fas est, supra citatus Dn. KNOKE in allegata sua disp. sect. I. diff. 1. potentissimi regis Borussiae decretum, qui Halæ Magdeburgicæ Ao. 1719. perpetuum senatum constitui iussit. Quæstio hæc, nisi fallor magis politica quam Ictorum videtur: interea, si dicendum, quod res est, omnino reip. interdum magis conducere arbitror, si ab vno eodemque senatu, quam si

Annon ciuitati præstet, senatum perpetuum quam alterantem habere.

ab alternante, ciuitas regatur. Ille enim melius in mente ac memoria retinet res coram se gestas, & a se decretas, & fortius executioni mandat, quam subsequens senatus, qui nonnunquam, pro ingenio humano & studio partium, a quo homines non alieni sunt, eis, quæ a collegio priori sancita sunt, aduersatur: & contrarium statuit: quare non res publica solum ipsa, sed & sæpe partes, quarum interest, læduntur, ut impensas erogatas interdum frustra consumptas esse intelligant: quid, quod consules & senatores constanter fructibus & emolumentis, maioriq; auctoritate & obsequio ciuium frui possunt, nec opus habent, aliis negotiis, panis lucrandi causa, operam dare. Sed hæc res, credo, magis optanda quam speranda, ob nimiam multitudinem hominum munera hæc ambientium. Ipse memini, me in actis a senatu Delitiano asseruatis legisse, hunc senatum amplissimum ante hos L. annos & quod excurrit, a principe petiisse, ut sibi liceret, vnum ordinum suorum, ein Mittel, collegii sui, quorum tunc tres erant, abrogare; principem vero ciuium consensum hanc in rem antea exegisse. Cum autem senatus a populo s. ciuibus, an petitis suis annuere vellent, sciscitaretur, hi respuebant hanc imminutionem membrorum collegii senatorii, causati, quod minuto senatorum ordinis ac numero, ipsis spes præcideretur, quo minus vnus vel alter ex ciuibus ordini senatorio adscriberetur. Sunt etiam, qui existimant, munera ambulatoria, quæ dicunt, non omnibus commoditatibus destitui, quod inprimis ius æqualitatis inter collegas optime seruetur, si illi per vices præsent reipublicæ, nec non ciuium intersit, mutari quandoque magistratus, ne perpetuo eundem infensum iudicem experiantur, nec semper eadem chorda oberretur, & ut quandoque corrigantur, quæ a prioribus fuerant neglecta; ut adeo arbitrio principis relinquendum, quid pro re nata & circumstantiis in hoc vel illo collegio statuendum esse videatur.

§. X.

An & quatenus senatorum suorum teneantur?

Vnicum adhuc videndum, an & quatenus senatores ex factis antecessorum suorum teneantur? Collegium senatorium, ut alias vniuersitates, non nisi certis, iisque rarissimis casibus mori, in vulgus notum est. Hinc pro-
no alueo fluere existimo, senatores antecessorum suorum facta honesta, licita & reipublicæ seu vniuersitati proficua rata habere & defendere, nec non cæpta vltius prosequi atque ad effectum deducere obstrictos esse; quod si negligeretur, verendum esset, ne vniuersitas pessumdaretur, & nemo ciuium vel alius cum collegio senatorio aliquid negotii habere vellet. Sin vero antecessores in administratione sua vel committendo vel omittendo peccauerint, id successores ut luant atque præstent cogendos non esse, obscurum esse nequit; cum non sint eorum heredes, & sanæ rationi iurique diuino con-

conueniat, factum cuique suum, non aliis, obesse, & poenas suos tantum auctores manere. L. 155. ff. d. R. I. L. 21. C. de poenis.

§. XI.

Hoc vt clarius & maioribus argumentis demonstretur, vix opus esse ar- *Præiudicia*
bitror. Nihilominus tamen a senatu Delitiano Ao. 1702. regente exige- *hac de re.*
batur semel iterumque, vt summam haud leuem steurarum, quam recep-
tores ab antecessoribus collegii constituti ab Ao. 1663. interea temporis vita
functi, residuam dedebant, ob imputatam conniuentiam & in expungendis
rationibus negligentiam, propriis sumtibus, vi iuris subcollectandi, sol-
ueret. Quamquam vero senatus plus vice simplici excipiebat, se ex factis
his antecessorum illicitis non teneri; hæc tamen sufficere non videbantur ad
senatum absolendum. Tandem de illa re consulebatur celeberrima Fac.
iurid. Lips. quæ m. Nou. 1703. sequentem in modum respondit:

Ob nun wohl ihr die Administration derer Quatember-Steuern über euch
gehabt, auch die Einnehmer dererselben vor euch allein bestellet, und da-
hero, daß ihr deren facta gelten müßet, scheinen möchte, euch auch eine
Nachlässigkeit beygemessen werden will, in dergleichen Fall die membra
collegii die Erstattung von ihren eigenen Mitteln zu thun wohl angestren-
get werden mögen: D. a. u. D. dem Berichte nach, der Rath und die
darinnen befindliche Personen einer Nachlässigkeit und Unterschlags nicht
überführet, noch deshalb gnüßlich gehöret worden, und wenn gleich hier-
bey etwas ungebührliches, davon die Reste aufgewachsen, vorgegangen
wäre, dennoch solches vor der Zeit, als die jetzigen Raths-Perso-
nen ins Raths-Collegium gezogen worden, geschehen, bey wel-
cher Bewandnuß diese *ex delicto alieno* nicht belanget werden mö-
gen, So sind die jeko im Rath zu D. befindliche Personen zu Abstattung
obbemelten Quatember-Rests nicht anzuhalten. B. A. W.

Quod responsum potentissimo regi cum precibus humillimis oblatum id effe-
cit, vt membra senatus tempore residui collegio nondum admota liberaren-
tur, & præstatio huius debiti antecessorum & receptorum heredibus iniun-
geretur. Idem & Ictis Romanis inprimis *VLPIANO* placuit, qui l. 15.
§. 1. ff. de dolo malo, in municipes non dari actionem de dolo, ait, nisi in
quantum ad eos peruenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant: de
dolo autem decurionum in ipsos decuriones dandam esse actionem. Quam-
uis enim l. 9. §. 1. ff. quot met. caus. si curia vel collegium vel corpus me-
tum intulerit, in illud corpus dandam esse actionem dicatur, pariterque
auth. item nulla communitas C. de Episc. & Cleric. tripli pœna a collegiis
ob iniustas exactiones subinde exigatur; illud tamen non simpliciter de fa-
ctis illicitis administratorum aut antecessorum, sed de illo casu accipiendum
est, si vel omnes collegæ, qui iam viuunt, in illud factum illicitum consen-

serint, vel id postea ratum habuerint, atque adeo seipsos delicto contamina-
rint, quod copiose b. GUNDLING in diss. *de vniuersitate delinquente* &
illustris LEYSERVS *de delictis collegiorum* interpretati sunt.

§. XII.

*Quousque
tandem suc-
cessores tene-
antur?*

Præiudicium

Sed hoc modo succedentes senatores plane immunes ab omni præstatio-
ne factorum antecessorum dixeris? Responderetur: quoad *facta illicita* id om-
nino ex supra deductis affirmandum esse, nisi eorum facta rata habuerint, &
absque protestatione illa defendere susceperint. Experientia autem & usus
fori subinde testatur, quod indistincte senatus regens nunc iussu superio-
rum nunc Dicasteriorum sententiis, vt de iis, quæ ante sua tempora ab an-
tecessoribus gesta sunt, respondere cogantur: quid, quod sententias con-
demnatorias ex talibus factis in senatum regentem dici videas. Attinet igitur,
vt quo effectu id tandem fieri possit, videamus. Collegium senatori-
um non facile emori supra dictum est; hinc non potest non, lite contra se-
natum mota, etiam contra eundem pronunciari; ast non hoc effectu, vt
senatus nunc regens ea, quæ maiores neglexerunt, præstet, sed hoc tantum
consilio, vt de factis eorum illos, quorum interest, ex actis & archiuo instru-
at, & circumstantias aperiat. Plane senatus D. Ao. 1714. & sequenti anno
falces reip. tenens coram præfectura D. in causa quadam condemnabatur,
vim pecuniæ depositæ Ao. 1706 & eodem anno consentientibus ciuibus in
usus publicos, animo restituendi, versæ domino huius restituere: quæ
sententia etiam remediis suspensiuis & deuolutiuis, quæ contra eam interpo-
sita fuerant, posthabitis, confirmabatur. Actor executionem iudicati pe-
tens pro obiecto bona propria senatorum tempore latæ sententiæ definitiue
regentium expetebat, commotus ea ratione, quod senatus ab anno. 1714.
& sequentibus facta antecessorum sine vlla protestatione defendisset, illud-
que facere iure obstrictus fuisset. Sed senatoribus postea contradicentibus,
& se tempore depositæ & aliorum versæ pecuniæ collegio nondum adsedif-
se, verum postea demum his muneribus admos esse, deducantibus a sca-
binatu Lips. m. Mai. 1717. pronunciabatur:

*Dasß Klägers Suchen wegen der Execution in Beslagter wie auch S. M.
und Cons. und deren Principalen priuat-Güther und Vermögen nicht statt
hat. W. R. W. adscitis postmodum ad instantiam actoris ex eodem incly-
to collegio his rationibus decidendi:*

*Diemeil, wenn gleich der ganze Rath bey dieser Sache in Anspruch ge-
nommen, und in die Bezahlung des von ihnen erhobenen und nachgehends
zu Bezahlung derer Schwedischen Contribution verwendeten Capitals con-
demniret worden, die Execution wider einige individua aus besagten colle-
gio und in deren priuat-Vermögen, wie sol. gesucht, nicht geschehen
kan, indem selbige nicht als priuati, sondern als eine Commun die Gelder ein-*

eingegenommen, dergestalt auch die Execution in deren commun Güther zu suchen, und daß die *Successores* im Collegio vor derer *Antecessorum facta* zu stehen schuldig, nur so viel, daß selbige davor Red und Antwort zu geben verbunden, keineswegens aber, daß sie aus ihrem *privat-Vermögen Satisfaction* zu thun gehalten, *inferiret*, So ist ic.

§. XIII.

Non absimilis species mens. Sept. anni præter lapsi 1736. ill. ICtor. Vi-
temberg. ordini oblata est cuius communicationem beneuolentiæ Dn. præsidis
mei acceptam fero. Conueniebatur iudicium quoddam, quod hypothecam
in fundo, qui iurisdictioni eius non subiectus erat, confirmauerat, & hac
re creditorem in damnum induxerat. Damnatus erat iudex, & assessores,
die Gerichte, vt iureiurando affirmarent, se tunc, quum hypotheca con-
firmaretur, in possessione vel quasi huius iuris constitutos fuisse, & sæpius
hypotheas, quibus ille fundus obligatus fuerat, confirmasse. Dies etiam ipsis
indictus erat, quo omnes collegii assessores præstarent ius iurandum: quod
cum ipsi detrectassent, contumacia ipsorum accusata erat: sed responsum est
a ICris: Daß Klägers Suchen nicht statt hat, sondern es sind der Gerichts-
Halter N. N. und die übrigen Gerichts-Personen, welche als der streitige
Consens ausgefertigt worden, zu denen Gerichten mit gehört, und von
dieser Sache Wissenschaft gehabt, oder, da diese allerseits verstorben,
oder sonst davon keine Nachricht erhalten, oder auch ihrer Gedanken nicht
mehr mächtig, welches zusehender gebührend beizubringen, der Gerichts-
Halter allein, zu Ablegung des ihnen zu erkannten Erfüllungsz-Endes bil-
lig zuzulassen. B. N. W. Cui responso hae rationes adiectæ sunt:

*Illustratur
ulterius præ
iudicio.*

Obwohl der im Urthel angeführte Erfüllungsz-End denen sämtlichen Ge-
richten Rechtskräftig zu erkannt worden, also wenn solcher von dem Ge-
richts-Actuario allein abgelegt wird, dem iudicato kein Gnügen zu gesche-
hen scheint, vielmehr Kläger derer übrigen an dem Schwereungs-Termin
nicht erschienenen Gerichts-Personen hierunter begangenen Ungehorsam
accusiret, und daß entweder auf die Desertion des Endes erkannt, oder
doch die jeko vorhandenen Gerichts-Personen zu Ablegung des iuramenti
de credulitate angehalten werden möchten, verlangt. D. a. d. Kläger
die Gerichten, wegen eines facti illiciti und wenigstens culposi, in An-
spruch genommen, dahingegen die Successores in officio vor ihrer Vorsah-
ren Versehen zu stehen nicht verbunden, sondern lediglich der Gerichts-
Halter nebst denen noch lebenden Gerichts-Personen, so der Ertheilung
des Consensus bengeohnet, wegen ihrer eigenen factorum Klägern ge-
recht werden müssen, mithin auch das angezogene Rechtskräftige Urthel
legaliter und nur von diesen Personen zu verstehen, unnöthige Ende aber
zu vermeiden, gleichwol daß diese Gerichts-Personen entweder gestorben,
oder

oder zu schwehren nicht im Stande, in facto beruhet, und nicht præsumi-
ret wird, So ist zc.

§. XIV.

*Quatenus ci-
uitas id quod
senatores
egerunt, præ-
stare tenean-
tur?*

Sed vt tandem ad id deueniamus opus est, *an & quatenus nimirum ciuitas seu vniuersitas ipsa ex factis seuatorum vel administratorum teneatur*, seu quod eodem recidit: an & quatenus senatores vel administratores id, quod nomine publico soluere & erogare necesse habent, rationibus ciuitatis publicis valide ac iuste inferre possint? Otium mihi hac in re fecit haud paruum consultissimus Dn. IACOB. BRUNNEMANNVS disp. sua inaug. elegantissima sub præsidio b. Sam. STRYCKII Halae 1709. habita *de iure principis circa rationes ciuitatum*, vbi cap. V. materiam hanc multis exemplis per varia expensarum genera discussit. Pro regula interim tenendum crediderim, ciuitatem s. vniuersitatem, vt ea, quae a senatoribus vel administratoribus, nomine publico & vi officii ipsis concediti, in commodum, conseruationem & decus eius erogauerunt, omnino rata habeat ac inter data & expensa referat, obstrictam esse: quae regula non solum fundatur l. 5. ff. *de decret. ab. ord. fac.* sed etiam, si forte expressa ciuitatis voluntas desit, ex tacito eius consensu elicitur, quod nimirum ex factis ipsorum, quatenus administrationem rite procuratam respiciunt, teneri velint. conf. Dn. GROSSMANN diss. inaug. *de incauto contrahente cum vniuersitatibus* §. 9 seq. Quis enim, si hoc negaretur, cum his administratoribus aliquid commercii habere vellet? Certe misera ipsius ciuitatis conditio foret, si fidem semper falleret. Neque igitur quae dicta sunt, eo extendere vereor, vt ciuitas administratorum suorum facta & gesta bona mente, & citra illam oscitantiam vel ignorantiam, quae ipsis imputari possit, cepta approbare debeat, licet euentus optatus intentioni non respondeat. Nunquam enim, vt ICtus l. 1. §. ii. *de magistrat. conu.* ait, magistratus & administratores futuros euentus & fortunam praestare coguntur.

§. XV.

*De mutuo a
senatoribus
nomine ciui-
tatis contra-
cto.*

Hinc, si collegium senatorium pro ciuitate mutuum contraxit, eiusque versio in rem illius doceri potest, illud ex bonis vniuersitatis soluendum esse docet lex famosissima 37. ff. *de reb. cred.* de quo modo probandæ versionis legi meretur disserratio illustr. b. Sam. STRYCKII *de probanda versione crediti.* quem varium cap. 4. ostendit, & tandem deficientibus omnibus aliis mediis in hac probatione valde difficili §. 15 seq. concludit, officium iudicis implorandum esse, vt administratores, quibuscum creditor contraxit, facti sui optime conscii, ipsi assistant, & in quos vsus pecunia erogata sit, aperiant & demonstrent; vel etiam libros & rationes ciuitatis edant, vt res facilius expediat. Certe hoc vtrumque ordini senatorio D. iniunctum esse, ex actis in causa Schridings contra den Nath zu D. vidi, dum a senatu appellatio-

num

num m. Aug. 1633. pronunciatum: Daß Appellanten (senatus) Appellaten, bey dem vorbehaltenen Beweis (sc. mutuum in rem ciuitatis versum esse) zu assistiren schuldig, idem curia supr. prou. Lips. ad instantiam actoris cuiusdam senatum m. Nov. d. a. iussit: Die Stadt-Bücher de Ao. 1613 seqq. versiegelt ins Ober-Hof-Gerichte einzuschicken, allegauit prius præiudicium B. CARPZ. resp. libr. VII. resp. 167. Enimuero, præuia litis denunciatione, hoc casu cogi posse administratores, vt creditoribus assistant, Dec. el. Nov. 16. expresse constitutum.

§. XVI.

Dixi hanc probationem difficilem, sed quare? an non licet contra senatum, qui nomine ciuitatis publico chirographum dedit, & hoc instrumentum supscriptione consulis & assessorum, sigilloque ciuitatis, muniuit, processu executiuo valide & hoc effectu, vt e bonis ciuitatis solutio fiat, expectari? Constat iure Sax. el. hunc processum ex documentis guarentigiatis, bey flahren Brieff und Siegel, ex quibus, quid, quale & quantum cui, & a quo debito, quo debeatur, appareat, locum habere: qui modus procedendi in ordin. proc. recogn. nostra in appendice denuo §. 3. verbis: Wenn aber ein Kläger 2c. confirmatus, imo haud parum ampliatus & extensus est: illud ipsum multo magis locum habere dixeris forsitan, si chirographo renunciatio exceptionis non versæ in rem ciuitatis inserta sit. Verum enim vero processum executiuum hic exulare, & officium suum perdere, exceptionemque non versæ in vtilitatem ciuitatis pecuniæ opponi posse, palam est. Ciuitas enim, si valide eam obligatam habere volueris, vt ipsa se obstrinxerit, necesse est, adeoque non verba chirographi a senatu dati, sed conditio & qualitas subiecti contrahentis inspicienda. Administratores enim ciuitatem non aliter obligant, quam si reperiatur, in vtilitatem eius versa pecunia: sed versio altioris indaginis est, & ex sola confessione administratorum non probatur. Igitur ciuitas, de cuius præiudicio agitur, de illa re audienda, & versionis probatio creditori iniungenda erit. Dec. el. Nou. 16. MEV. P. 3. Dec. 228 seq. B. HORN. class. XI. resp. 92. p. 762. & latius B. CARPZ. tract. de asylo debit. §. 46 seq.

§. XVII.

Administratores autem & rectores ipsos ex mutuo ab ipsis contracto teneri expediti iuris est ex allegata l. 27. ff. de reb. cred. quia confessionem & factum suum proprium impugnare nequeunt; imo non meretur auxilium legis, qui se facto proprio in necessitatem coniecit. l. 7. §. 1. ff. qu. satisd. cog. & creditorem pecuniam suam perdere iniquissimum esset. Executionem vero hoc casu non in administratorum bona propria sed collegii senatorii quales communia, si talia possident, fieri æquissimum videtur: quoniam non vt priuati sed vt collegium, nomine publico contraxerunt, & cauendum, ne

An ex chirographo a senatoribus dato contra ciuitatem executiue agi possit?

Negatur.

Administratores autem ex mutuo ipsi tenentur.

Non tamen ex propriis bonis.

ipsis officium, si eo rite & absque dolo vel culpa, quæ ipsis imputari potest, functi sunt, damnosum existat: quod non solum *CARPZ. lib. II. resp. 108.* de ipso collegio senatorio D. testatur, sed celeberrimis *scabinis* Lipsi. etiam placuit in causa §. 12. huius diss. allegata m. Augst. 1717. verbis: Daß Klägers Suchen wegen der Execution in Beflagten Syndicen des Rathes Principalen privat-Güther nicht Statt hat, vbi in rationibus decidendi: Diemeil, wenn gleich der ganze Rath bey dieser Sache in Anspruch genommen, und in die Bezahlung des von ihm erhobenen Geldes condemniret worden, die Execution wider einige individua aus besagten Collegio und in deren privat-Vermögen, wie gesucht worden, nicht geschehen kan, indem selbige nicht als privati, sondern als eine commun die Gelder eingenommen, dergestalt auch die Execution in deren commun Güther zu suchen ist: quod enunciaturum fac. iurid. Lipsi. m. Febr. 1718. confirmavit. conf. etiam B. HORN. resp. supra citato. Ceterum si dolo suo damnum dederint administratores, singulos in solidum teneri, sin culpa, pro rata quemlibet illorum teneri, certum est: ita enim *CELSVS* præcipit l. 7. D. *de magistr. conu.*

§. XVIII.

*An in bona
senatus pu-
blic. executio
fieri possit?*

Actor in eadem causa postea executionem in bona senatus publica vrbegabat, quod, vt antea euici, in congrue non petebatur: cum autem senatus exciperet, sibi quidem esse bona quaedam publica, reliqua autem omnia cum ciuibus communia, laudatus *scabinatus* Lipsi. responsum suum iam recitatum m. Dec. 1728. cum hac ampliatione repetiit: Daß wegen des Capitals derer N. Thlr. nebst dem Interesse moræ und denen Unkosten in die angegebene Rathes- und Commun-Grund-Stücke pro rata des dem Rath davon zustehenden Antheils, auch dafern solcher nicht zureicher, in diejenigen Güther, welche selbigen entweder eigenthümlich oder in Ansehung des Nießbrauchs gehören, mit der Execution zu verfahren. Me autem nomine senatus appellationem contra hanc sententiam ad illustre regimen Martisburgense interponente, & simul, quod senatores ex omnibus publicis bonis, etiam iis, quæ ipsius collegii essent, nil nisi salaria sua perciperent, reliquos prouentus autem omnes rationibus publicis inferre cogerentur, hinc bona ista, in præiudicium successorum, ciuium & vniuersitatis imminui non possent, laudatissimum illud collegium desuper consulta fac. iurid. Lipsi. m. Iul. 1729. talem ferebat declaratoriam: Daß in erster Instanz wohl gesprochen, jedoch mit dieser Erklärung: daß die Execution in solche Grund-Stücke, welche der commun eigenthümlich gehören, und woraus Appellantis (Senatus) Principalen von denen Nutzungen ein mehrers nicht, als was zu ihrer Besoldung ausgesetzt, erhalten, nicht zu vollstrecken. B. R. W. cui enunciato sequentes rationes adiectæ erant: Daß Appellantis Principalen das beneficium competentiae zustünde, und daher die Execution in diejenigen Güther, davon ihnen

ihnen nicht der völlige Nießbrauch zugehöre, sondern aus deren Nützungen sie nur so viel, als ihnen zur Besoldung ausgesetzt, erhielten, nicht angeordnet werden möge.

Ex quo præiudicio fere confici videas, vix executionem, nisi in ea bona senatus, quæ saluo ipsius competentiae beneficio supersunt, & aliis vsibus certis non destinata sunt, locum habere; quamuis illud durum videatur. Interim haec lis, quod ex adductis variis sententiis videre est, mira fata experta, tandem transactione amicabili composita, &, ne actor suum perderet, solutio consensu ciuium & principis ex ærario publico facta est.

§. XIX.

Quodsi senatus collegium bonis publicis destituatur, vt creditori ex illis satisfieri non possit, administratores vel illorum heredes teneri ex suis opibus præstare id, quod debetur, iubet lex 27. ff. de R. C. sæpius citata verbis: alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non ciuitas, tenebuntur: quod etiam tunc obtinet, cum protestati sunt, se nolle teneri *Mutuum a senatu & ciuibus simul contractum ex bonis publicis soluendum.* ne is qui fidem administratorum secutus est, manifestam rei suae iacturam subeat, cum nota non exiguae iniquitatis. Si mutuum a senatoribus & a ciuibus simul, seu iis, qui ciuitatem repræsentant, e. g. tribunis, Viertels-Meistern und Ausschuß-Personen, acceptum sit, tunc executionem non versæ in utilitatem ciuitatis pecuniæ cessare & executionem in bona ciuitatis fieri, processumque executium locum habere, vna fere omnium Dd. sententia est, quæ etiam expresse fundata in Dec. el. Nou. XVI. Nihilominus tamen ab illustri BERGERO id eo restringi videas, si ciues potestatem mutuum contrahendi tribunis dederint, *oeconom. iur. lib. III. tit. 2. not. 2.* quod tamen in dicta decisione el. expresse non requiritur, & nouas parere videtur difficultates, adeo vt ex tali instrumento vix executiue experiri liceat, si ex illo non appareat, tribunos & eos, qui ciuitatem repræsentant quique chirographum simul subscripserunt, a populo hanc potestatem impetrasse. Aequius itaque certe videtur præsumi, tribunis atque aliis, qui repræsentant ciuitatem, & ideo constituti sunt, vt nomine ciuitatis contrahant, illiusque consensum declarent, hanc facultatem datam esse, nisi contrarium manifeste appareat. Si autem illud postea probetur, vtique serenissimi legislatoris non hæc videtur fuisse sententia, vt ciuitas teneatur ex administratorum aut tribunorum factis, quorum suscipiendorum ipsis potestas ademta fuit. *Et contra eos processus executiui locum habet.*

§. XX.

Finge vero, mutuum a solo collegio senatorio contractum, chirographumque ab eo duntaxat, non vero simul a ciuibus subscriptum, creditori datum esse, senatum vero vsuras illius sortis per seculum vel longius tempus ex ærario ciuitatis publico soluisse; annon hoc casu ciuitatem ipsam perante creditore obstrictam dixeris? sane antiquis temporibus ferme omnia *Mutuum, ex quo usurae diu a ciuitate exsoluuntur, ipsum ex bonis publicis ciuium præstandum.*

chirographa a folis senatoribus sub sigillo publico exarata, nec principis nec ciuium consensum petitum esse videas, quod talia instrumenta in iudiciis producta satis euincunt: nec illis temporibus & antiqua illa fide obtinente, tot solennitates desideratæ, nec apices iuris tantopere exquisiti sunt: ciuitatem itaque hoc casu sortem ex bonis suis subinde soluere obligatam esse, non abnuerim. Fac enim, rationes senatus publicas a ciuibus vel eorum deputatis simul examinatas, & vsuras ex sorte a senatoribus mutuo sumpta inter expensas semper relatas esse, ciuitatemque nec non principem, cuius cameræ, quod in Saxonia nostra moris & necessitatis est, istæ rationes exhibitæ fuerunt, circa solutionem vsurarum harum nihil monuisse; omnino concludendum esse existimarim, ciuitati solutionem debitæ sortis incumbere. Præsupponunt enim vsuræ semper aliquam sortem, cuius respectu fuerunt solutæ: sortis enim obligationem principalem, vsurarum vero accessoriam esse constat: non potest itaque accessorium subsistere principali non existente, *CARPZ. P. 2. C. 3. d. 9.* Certe & ex hac tacita conuentione & tam diuturna solutione vsurarum creditori firmum ius contra ciuitatem acquisitum esse videtur, cum taciti eadem vis sit, atque expressi *l. 4. ff. d. pact.* & tam diuturno tempore & tot actibus repetitis erroris suspicio excludatur. Expediti enim iuris est, non solum versionem in rem ciuitati manifestis argumentis probari, sed etiam eius consensum interdum ex coniecturis elici a. *L. 4. C. de non. num. pec. L. 152. D. d. R. I. vid. illustr. LEYS. med. ad ff. vol. II. spec. 231. n. 9. & 10. p. 646.*

§. XXI.

*An lex 27. ff. de R. C. ad expendi haud abs re erit, an nimirum illud in aliis contractibus administra-
alios sena-
torum
actus exten-
di possit?*

Sed satis fortasse de remedio *L. 27. ff. de R. C.* Vnicum adhuc expendi haud abs re erit, an nimirum illud in aliis contractibus administratum valeat? Negat id B. de BERGER. in oeconom. iur. lib. III. tit. 2. th. 2. not. 2. laudatque ibidem præiudicium adductam. Nihilominus tamen haud ita pridem sequens casus euenit, ex quo dictam legem ad alios actus extensam esse animaduertes. Senatus D. adhibitis etiam tribunis ante quinquennium cum heredibus M. qui senatum & ciues actione quadam pulsabant, transegerat, atque iisdem certam quandam summam pro redimenda lite soluere promiserat. Tribuni postea ab hac transactione resilientes illam adimplere renuebant: aduersus quos heredes illi processu executiuo ad implemen- tum transactiones & solutionem summæ promissæ experiebantur; sed libellus, prout erat propositus, ab illustri regimine Martisb. per sententiam m. Febr. 1733. reiiciebatur, pronunciabaturque, processum executiuum, contra tribunos, haud sufficientur ad hanc transactionem ineundam a reliquis ciuibus legitimatos, exulare. Actores leutationem contra hanc sententiam interponentes m. Iul. 1733. hanc declaratoriam obtinebant: *Daß Klägern die Viertels, Meister und Ausschuß, Personen, welche den Ber.*

Vergleich mit geschlossen, absonderlich wegen der andern Hälfte zu belan-
gen, unbenommen. B. R. W. vbi in rationibus decidendi hæc: Alldieweil
der angegebene Mangel des Syndicats in der That gegründet, die Viertels-
Meistern und Ausschuss-Personen aber eine Bürgerschaft anderer Gestalt
nicht, als wenn ihnen bey ihrer Bestallung dergleichen Recht wirklich zuge-
standen worden, durch die von ihnen geschlossene Contracte verbinden kön-
nen, gleichwohl die *Contrahenten* selbst im Fall der von ihnen im
Nahmen der Stadt errichtete *Contract* nicht *ratihabiret* wird, vor
ihre eigene Person belanget werden mögen L. 27. ff. de R. C. Co
ist 20. Quod enunciatur, valde desuper grauantibus tribunis, semel ite-
rumque confirmatum est; quod satis innuit, hanc legem famosissimam et-
iam in aliis contractibus administratorum locum habere. Consentit etiam
B. BORN. de condict. certi ex mutuo, & de in rem verso c. 7. §. 1. & ex ve-
teribus ACCVRSIVS ad l. 1. C. de vend. reb. ciuit. Nihil enim rationi
legis magis conuenit, quam vt illa ad omnes contractus, in quibus ciuitas
ob acceptam pecuniam obligatur, & qui proxime accedunt ad mutuum pro-
feratur. Nam naturalis ratio suadet, neminem citra suum consensum fa-
cto alterius obligari, nisi aliquid in rem eius verum esse intelligatur.

§. XXII.

Quatenus ex deposito ciuitas teneatur, quod administratores recepe-
runt, nunc paucis considerandum. Tribunos haud ita pridem a senatu N. *An ciuitas*
consignationem depositorum exactam sat rigoroſe exegisse memini, com- *ex deposito*
motos ea ratione, quod bona ciuitatis dominis pecuniarum iudicialiter de- *a senatoribus*
positarum tacita hypotheca obligata credebant, ideoque sibi, quomodo hæc *recepto tene-*
deposita administrentur, inquirere licere arbitrabantur: ast iniustum hoc po- *atur?*
stulatum, causamque quam allegarant, in iure minus fundatam esse, quis
est, qui non videat? Quamuis enim BEVTHEVS tract. de iur. præl. part. 2.
c. 14. iuxta testimonium B. LYNKERI in diff. eleganti de priuilegiis depositi
§. 42. deposito hypothecæ tacitæ priuilegium tribuat; vnicus tamen fere
est, qui hanc opinionem, nullis adiectis rationibus tuetur, refutatus quo-
que ab ipso LYNKERO loco citato. Deposita enim vt sua natura est
contractus personalis, sic etiam non alium quam personalem effectum at-
que actionem producere potest. L. 18. ff. dep. Enim vero l. 1. §. 14 D.
de magistr. conuen. ne pupillis quidem in bonis magistratuum priuilegium
conceditur, sed illos cum ceteris creditoribus partem habere, id est chiro-
graphariorum iure vti, dicitur, si magistratus conueniant. Hinc certe sta-
ruendum, ciuitatem, si rectores eius in custodiendo & administrando depo-
sito negligentes fuerint, vel aliter, quam par erat, se gesserint, ab omni
periculo immunem esse, tribunosque non habere, quod timeant. conf.
CARPZ. P. l. c. 28. d. 150. & maxime MEY. P. V. dec. 382. & 385.

Quamquam enim res deposita, si adhuc extat, concursu creditorum imminente, eo iure praelationis gaudet, ut domino statim reddatur, ita ut non opus habeat, concursum cum reliquis creditoribus subire, quod in ord. proc. el. Sax. recogn. ad tit. XLII. disertis verbis sancitum est; id tamen ob ius domini deponenti saluum, non autem ex tacitæ hypothecæ iure, vel privilegio, concedi, inter omnes constat. Imo vero constitutio el. Sax. 28. P. I. depositum, quod non amplius extat, etiam in concursu creditorum, creditis hypotheca tacita gaudentibus, verbis: *Serner sollen nach denen bezahlt werden*, expresse postponit atque depositarios ab hypothecariis distinguit: quamvis illi creditoribus, qui arrestum impetrarunt, præferantur. Quod etiam in ordin. P. S. veteri tit. 49. §. 1. quantum ad iudiciale depositum attinet, confirmatum; cum contra creditori ob depositum voluntarium & extraiudicale privilegium personale duntaxat concedatur.

§. XXIII.

Administratores, si nomine civitatis agunt vel conueniuntur, id sumptibus ærarii publici peragunt.

Officium consulum ac decurionum postulare, ut civitatis commodum omnibus modis promoveant, damnumque auertant, religio iurisiurandi, quod suscipientes hæc munera præstare solent, ipsos monet. Hinc si administratores tuendi iuris cuiusdam, quo civitas hætenus usa est, verbi gratia, iurisdictionis, iuris venandi, piscandi, pascendi, patronatus causa &c. processum instituunt, possessione vel alio quodam non infirmo fundamento subnixi, sumtus in has lites factos in calculum expensarum rite & absque difficultate recipiendos esse, æquitas ipsa suadet, licet collegium victoria litis cadat: illo enim iure etiam tutores utuntur in contraria tutelæ actione L. 1. §. 6. & l. 3. §. 7. D. *de contr. tut. act.* & l. f. eod. L. 1. §. 9. ff. *de tutel. & rat. distr.* Sed tutoribus simillimi sunt defensores civitatum. Quis igitur collegium senatorium ad euentum litis plerumque incertum præstandum suis sumptibus obstrictum esse dixerit, contra L. 23. ff. de R. I. Secus si statueretur, & collegio solutio expensarum ex suis opibus iniungeretur; dubitandum non est, quin hi administratores defensionem vel acquisitionem iurium civitatis plane & tuto neglecturi sint.

§. XXIV.

Defendendi sunt etiam sumptibus publicis si fines officii non excedunt.

Pari modo membra senatus in rebus ad officium suum pertinentibus, si fines eius non excedant, sumptibus ærarii publici defendi fas est. Præiudicium legis apud B. HORN, class. II. resp. XXVIII. de senatu Plaviensi, qui turbas & damna a militibus tumultuantibus civitati imminencia impediuerat, eius vero rei causa coram commissione facti sui rationem reddere iubebatur, sed defensione sua id efficiebat, ut innocens declararetur, & non nisi expensas defensionis suae soluere condemnaretur: quos sumtus ex ærario publico erogandos censuit ordo Ictorum Viremb. m. Febr. 1698. similiter cum Ao. 1715. senatui D. imputaretur celatio desertorum militiæ, & multa

multa in contrauentionem 400. thal. iure nostro Sax. el. statuta ad denunciationem inimici exigeretur, senatus autem ita se exculparet, vt a Dnn. Scab. Lips. m. Sept. 1714. pronunciaretur: Daß in Ermangelung gnugsamen Verdachts wider den Rath zu D. nichts vorzunehmen, er ist aber nichts desto weniger die verursachten Unkosten zu erstatten schuldig: hoc casu expensarationibus publicis, non improbante camera serenissimi principis nostri, efficaciter & iuste illatae sunt: quod in omnibus aliis causis, quibus senatores innocentiam probant, obtinere ipsa aequitas confirmat. Si enim accusatio, praecipue moribus hodiernis, quibus leuitas hominum accrescit, religio vero iuramentorum & candor ferme consenuit, & magistratus officii sui probe memor quouis die fere infensos sibi reddere quosdam cogitur, sola attenderetur, nemo innocens foret. Quid autem aequius, quam vt hi, qui officio sibi demandato rite defuncti, & quibus merito praesumptio doli & negligentiae exclusiua succurrit, si ob id coram commissione vel superiore causam allegare necesse habent, hoc sumtibus publicis peragant? alias enim ipsis officium vere damnosum esset.

§. XXV.

Supra §. 13. breuibus innui, quinam sumtus senatorum ex aerario publico depromendi. Quid igitur de his expensis sentiendum, quas collegium senatus, qua tale, honoris vel etiam misericordiae causa erogare necesse habet; an hae rationibus publicis iuste inferi poterunt? finge, quod saepius in facto contigisse memini, collegio senatorio munus patrini deferri, vel ipsi libros & disputationes publicas inscribi, vel ab alio quodam collegio senatorio, quod per incendium vel alias calamitates ad incitas redactum est, eleemosynam efflagitari: certe hos sumtus his casibus, si modice & pro ratione circumstantiarum congrue facti, inter idoneos iure meritoque supputari, rationes in promptu sunt; idque efficaciter fieri quotidiana docet experientia. Non parum quidem, quod patroni contrariae sententiae obiciunt, ob stare videtur, quod ex his rebus nihil utilitatis in ciuitatem redundet, sed haec omnia personas duntaxat senatorum attingere videantur, qui exinde soli aliquid honoris, percipiunt, vel si misericordia in alios vti velint, de suo id largiri debent. Verum cum haec omnia, quod suppono, a collegio coniunctim sumto, non autem ab vno vel altero membro eiusdem exiguntur, intuitu officii quod gerunt; iniquum sane foret, si hos sumtus de suis ferre deberent, officiumque sibi damnosum experirentur. Magis fere dubio hoc caret, si forte, quod quidem raro sit, ob sterilitatem vero emolumentorum pro impossibili non habendum, vir peritus collegio senatorio inuitus addiceretur, ad quod munus publicum subeundum quempiam cogi posse iuris expediti est l. 14. §. 6. D. de mun. & bon. Nec obstat, multum l. 22. ff. de administr. tut. quae PAVLVS donationes a tutore factas pupillo non nocere ait.

Videtur enim de donationibus superuacuis & temerariis sentire, vt *VLPIANVS* interpretatur, l. 1. §. 5. *de tut. & rat. distr.* Administratoribus enim ciuitatum etiam illa, quæ ad honorum & dignitatem collegii tuendam pertinent incumbere arg. l. 12. §. 3. ff. *de administr. & per. tut.* euincitur.

§. XXVI.

Utrum legatum consuli scabinis qua talibus, adeoque intuitu officii legatum relinquat, heres autem id vel prætori præstare renuat, an sumtibus publicis ad illud soluendum cogi possit, quaestio est? Mihi, si quidem testamentum rite sit conditum, nec hi officiales sibi ipsis id legatum adscripserint, quaestio affirmanda videtur. Testatorem enim hoc casu non personæ, sed officio illius, prospicere, & sic etiam successores in officio fructus legati illius percipere voluisse, negari non potest. Cum itaque resolut.

Porro, si forte testator quidam in testamento suo consuli, vel prætori vel scabinis qua talibus, adeoque intuitu officii legatum relinquat, heres autem id vel prætori præstare renuat, an sumtibus publicis ad illud soluendum cogi possit, quaestio est? Mihi, si quidem testamentum rite sit conditum, nec hi officiales sibi ipsis id legatum adscripserint, quaestio affirmanda videtur. Testatorem enim hoc casu non personæ, sed officio illius, prospicere, & sic etiam successores in officio fructus legati illius percipere voluisse, negari non potest. Cum itaque resolut. grau. el. Sax. de Ao. 1657. tit. Von Consistorial-Sachen No. 30. expresse cautum, vt, si parocho fructus legati relictis in dubium vocentur, ecclesia suis impensis illos assuet & conseruet; quidni argumento huius legis idem de legatis officio consulis, prætoris vel scabinorum relictis, statuere liceat? At inquis forte, quod officio ecclesiastico maior fauor, quam seculari, debeatur. Enim vero licet id certo modo negari nequeat, nihil tamen impedit, quo minus etiam membris collegii senatorii suus fauor constet & honor. Neque enim obstare arbitror, quod nihil utilitatis ex tali legato in ciuitatem redundare, sed res solummodo officiales legato honoratos attingere videatur. Nimirum etiam si membris senatoriis intuitu officii de *præcedentia* quam dicunt, lis mouetur, vel si de iniuria, qua senatores afficiuntur, aliquem conueniant, publicis sumtibus causam perorari, & iniuriam vindicari posse, plurima pars Dd. largitur vid. B. HORN tr. de iur. præced. dec. 1. qu. 9. quod etiam præiudicia quam plurima, quæ mihi ad manus sunt, diserte loquuntur. Cur non aequè legatum administratoribus hisce relictum impensis ciuitatis defendi poterit? est enim omnino e re ciuitatis, vt membris magistratus sui salariis sufficientibus prospiciatur, & successoribus consulatur, ideoque causam hanc publicam ciuitatis ex ærario eiusdem defendi, par est.

§. XXVII.

An ciuitas id quod indiuiduum collegii senatorii intuitu officii agit vel negligit ratum habere teneatur?

Supereft quaestio ventilanda: an si indiuiduum quoddam e collegio senatorio ad munus certum obeundum vel bona quaedam administranda constitutum sit, u. g. si munus prætoris quidam demandatum sit, & iste negliger hoc hoc fungatur, vel culpa sua ciuitati damnum adferat, an hoc in præiudicium ciuitatis vergere iure statuendum, vel vtrum collegium, quod talem hominem muneri illi præfecit, damnum resarcire teneatur? Tetigit hanc quaestionem, sed non decidit, Dn. BRUNNEMANNVS in disp. sua sæpius allegata. *de iure principis circa rationes ciuitatum* cap. V. n. 65. & rationem culpæ admissæ habendam arbitrio iudicis commendat. Plures admi-

admi-

administratores non separatis portionibus sed pro indiuiso constitutos damnum datum in solidum præstare teneri ex L. 2. §. 8. l. 3. ff. d. *administr. rerum ciuit.* & ex facto collegæ, qui administrauit, subinde beneficium excussionis habere docet. B. MENCCKEN. *theor. & prax. pand. ad libr. 50. tit. 8. §. 3.* Ex quo confici credo, indistincte negligentiam & culpam hanc collegæ ad certum officium deputati nec ciuitati nec collegio administratorio imputari posse. Fac enim collegam vel prætorem a senatu constitutum ordinis, beneficio ad munus illud peruenire, vt illa administratio ipsi necessario relinqui debuerit, illumque præscitu principis & præcua causae cognitione, quæ ferme in omnibus collegiis senatoriis electionem noui collegæ a senatu factam, antequam in collegium cooptetur & in illo confirmetur, præcedere solet, huic collegio admodum, & per plures annos illos, quibus ei assedit, diligentiam & peritiam suam abunde comprobasse, postea vero repentine in officio suo delinquere damnumque adferre, vt nec ciuitati nec senatui spatium fuerit, collegam vel prætorem admonendi, detrimentumque auertendi; sane hoc casu collegio nihil imputari posse æquitas ipsa loquitur, & ciuitatem damnum hoc, si is, qui illud dedit, non soluendo sit, luere & ferre debere, firmiter credo. Tam subita enim degeneratio collegæ antea communiter pro diligenti & satis rerum perito, ab ipso principe, habiti, & a sanatu non de industria, sed ordine ita iubente, ad id munus obeundum deputati, omnino casui fortuito adscribenda est, quem nemo præstare debet; hinc vergit omnino in detrimentum domini, id est, ciuitatis. l. 18. pr. ff. commod. Enimuero, etiam contutoris factum non aliter collegæ imputatur, quam si potuit, & debuit illum, suspectum facere, aut satisfactionem petere: sed si idoneus subito lapsus est, nihil collegis imputari potest l. 14. D. de *administr. & peric. tut.* Piis causis etiam alienationem a praelato factam, infcio collegio, tanquam ipso iure nullam impugnare licet. C. I. X. de *H. quæ fiunt a prælat.*

§. XXVIII.

Subsistendum hic nec vltius excurrendum esse puto, ne nimium excrescant pagellæ hæ. A doctores forte hæc materia latius excussa est, casusque obuientes facile ex superioribus decidi possunt. Quæstionem satis arduam ac spinosam addere placet, de *iurisdictione magistratus vrbici*, cui Dd. recentiores non amplius *patrimonialem* tribuere, sed illam potius *prædiatoriam* dicere & a *personali* & *patrimoniali* distinguere malunt, quod fecerunt Dn. ab OPPERL diss. de *iurisd. patrim.* §. 12 seq. Dn. GRÆFF diss. inaug. de *iuribus præcipuis & singularibus iurisd. patrim.* cap. 2. §. 1. & Dn. THOELDEN diss. inaug. sub præsidio excellentiss. MENCCKENII habita de *iure conueniendi subditos in proprio iudicio* §. 8. quæ distinctio num fundata sit, in præsentiarum excutere non attinet: certa illam plerumque in patrimonio

Quid iuris, si collegium iurisdictione priuetur?

Fasc. IV. Q

monio ciuitatis esse, & hanc ipsi vel eius nomine collegio senatorio, in quod ciuitas iura sua transtulit, æque ac aliis dominis iurisdictionalibus pari effectui competere ipsi Dd. citati largiuntur. Ponamus igitur casum, collegium senatorium seu administratores ciuitatis iurisdictione adeo abuti, vel plane non inquirendo in delicta vel nimium fauendo in subditos, ut princeps illis iurisdictionem in totum & plane auferat, an ciuitati ipsi iurdictio videbitur ademta? Negatiuam tueri sententiam non vereor. Etsi enim princeps omnis iurisdictionis fons & autor esse solet, & patrimonialis ab eo subordinate conceditur, & hæc concessio in dubio præsumitur, v. B. MENCKENIUS præceptor quondam meus grata mente nunquam satis venerandus, *theor. & prax. pand. ad tit. de iurisd. §. XI.* & hinc ipsi pro re nata magistratui inferiori commissarium adiungere, imo causam aliquam ipsam quandoque auocare licet, quod tamen non nisi ex causis prægnantibus & haud ita frequenter fieri videas v. O. P. S. R. tit. l. §. 9. quoniam tamen iurdictio patrimonialis, vel si mauis, prædiatoria, titulo oneroso, quo plerumque ciuitates illam obtinuerunt, territorio & districtui ciuitatis acquisita, & sumtus ad illam adipiscendam procul dubio ex ærario ciuitatis deprompti fuerunt vix statuere licet, iurisdictionem hanc plane interire & districtum illa penitus exui posse. Præsupponit enim hæc priuatio culpam latam vel potius latissimam administratorum, quæ in causis ad patrimonium pertinentibus dolo æquiparatur. l. i. §. i. ff. *si. mens. fals. mod. dix.* ex quo sane patrimonium seu districtus ciuitatis ipse prægrauari vix potest, sed innocenti ciuitati eiusque posteris non immerito principis gratia succurritur.



XXVII.

D I S S E R T A T I O

DE IVRE MILITIS AVXILIARII
APVD GENTES LIBERAS
ET IN S. R. IMPERIO.

VITEMBERGAE, AD D. XV. FEBR. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

§. I.

*Necessitas
societatis &
auxilii.*

Natura quidem studiosius a periculis cauere, quam voluptatem simplicem ac nudam, & commoditates vitæ, appetere videmur. Quæ res omnino habet rationem: quandoquidem, qui in periculis versantur, non solum

lum sensu calamitatis affliguntur, quam fugiunt; sed fructu etiam voluptatis & commoditatum carent, quas desiderant & quaerunt, adeoque duplex incommodum accipiunt, dum securitatem perdiderunt. Qua re efficitur, ut omnes quidem *metu* malorum vehementius, quam *spe* commodi futuri & desiderio, afficiamur. Igitur, quamvis hominum inter se consuetudo & gratia multas omnino pariat & mirificas iucunditates; tamen non immerito dubites, *utrum* homines cum hominibus fidem & *amicitiam* iuncturi essent, nisi ipsa *ut necessitatis* illorum societas contineretur. Enimuero non minus est, quod homo ab homine *timeat*, quam quod *speret* & expectet: ut sit satius subinde, quorundam deserere consuetudinem, propter nocendi facultatem, quam in hominibus suspectam esse intelligimus, quam ad amicitias se adiungere, propter plenam periculi commoditatem. Sed periculorum quidem *metum*, & suspicionem perfidiae, qua disiunguntur hominum animi, & societates segregantur, tandem superavit & excussit *indigentia* naturae, & desiderium *salutis*: quam cum segreges & solitarii inuenire & defendere non possent, aut singuli perire, aut comparare sibi *auxilia*, fidem & amicitiam colere, in aliorum clientelam se conferre, & homines cum hominibus *societatem* salutis & periculorum coire debuerunt. Nimirum, cum natura diuiderit atque inter singulos distribuerit copiam illarum rerum, quae ad bene beateque viuendum pertinerent, ut sibi quidem nemo facile sufficeret, sed & singuli tamen haberent, quo aliorum inopiam & calamitatem subleuare possent: denique, cum illorum bonorum, quorum alter egeat, in altero plerumque sit maxima facultas; necesse fuit, hominem homini *auxilio* esse, & subsidio venire, singulos de suo aliquid promere, atque in commune conferre, alium cum alio connecti atque colligari: ut, quod neuter per se quaerere & tueri posset, id uterque viribus coniunctis assequatur. Ad quam necessitatem cum accederet *desiderium coniunctionis*, a natura nobis attributum, sensusque maximae dulcissimaeque voluptatis, quam ex ipso studio amicitiae mutuaeque voluntate percipimus; ita conglutinatae & connexae sunt hominum societates, ut fere obscurum esse videatur: *utrum* illi, qui opem & auxilium ab aliis impetrant, an hi, qui in necessitatibus amicis subueniunt, ipso usu officiorum & amicitiae, blandius afficiantur. Quae res ita animos hominum occupauit, atque ita penitus in illis insedit, ut omnes aetates, omnes nationes, omnes ordines, non solum mature circumspiciant *auxilia* & sibi adiungant, sed etiam concurrant in necessitatibus ad opem inter se ferendam: utque nemo tutum se existimet, nemo conquiescat, nisi habeat omnino unum, in quo spem & fiduciam ponere, quem in subsidium collocare possit, ad quem confugere, cuius fidem aliquando inuocare. Hinc, quod PLAUTVS in *amphitruone* ait, confidentiores sunt

pueri, si ipsis aduersus matris seueritatem sit *auxilium* in patre: hinc matres omnes filiis, quod SYRVS affirmat apud TERENCEM ^{a)}

In peccato adiutrices, auxilio in paterna iniuria.

esse solent: hinc parentes suos liberi defendunt, vicini in calamitatibus concurrunt ad vicinos: hinc gens gentem in periculo appellat.

§. II.

*Sponte etiam
auxilia sub-
mitti possunt*

Igitur a natura, ad iungendam *societatem*, ferendamque opem & auxilia in necessitatibus amico submittenda inuitamur. Sed inter gentes quidem plerumque *auxilia foedere sociali* & pactione comparantur, quandoquidem generaliter illa officia, quæ nec semper, neque cuilibet promiscue debentur, vix tuto expectari possunt, nisi & necessitatem tuam alteri ostenderit, & spem feceris, gratiam relatum iri, & fidem pactis atque stipulationibus firmaris. Sed videamus, an non *sponte* etiam offerri possint & submitti debeant interdum auxilia, quamuis non petantur, aut quamuis non sint foedere promissa. Et GROTIUS ^{b)} quidem optime quatuor habet genera *auxiliorum*: primum illorum, quibus *imperari* potest, vt in necessitatibus succurrant: alterum vero *sociorum*, quorum fides *foedere* nobis est obstricta: tertium *amicorum*, cum quibus consuetudine & gratia coniungimur: quartum denique, quod latissime patet, *omnium hominum*, quos humanæ conditionis miseratio, & communis illa omnium societas, ad ferendam opem & calamitatem aliorum profligandam, euocare posse videatur. Sed illud quidem PVFFENDORFFIO non placuisse video, qui ^{c)} negat, posse homines liberos ab hominibus defendi, nisi *speciali* quodam *vinculo* societatis coniungantur. Enimvero periculosum exemplo esse, ait, inter homines liberos, si quis audeat litem alienam iudicare, & quasi iudicis sibi partes sumere, cum inter alios armis contenditur de causa: liberam cuique de rebus suis statuendi relinquendam potestatem esse, neque in iure suo quemquem interpellari posse, neque alienam denique iniuriam ad nos omnino pertinere, nisi foedere & pacto obstringamur.

Sed mihi quidem illa PVFFENDORFFII magis a timore, quam a virtute & cogitatione officii, profecta esse visa sunt. Neque enim intelligo, cur *pactione liceat* in alterius se amicitiam adiungere & *auxilium* laborantibus ex *foedere* præstare; sed idem illud non permitti debeat, si illud a nobis non fuerit promissum. Enimvero si non liceret de aliena iniuria cognoscere, in naturali libertate; ne pactis quidem effici posset, vt ferre auxilium liceret. Nemo enim potest, nisi *de re licita*, efficaciter pacisci. Si igitur tunc iniusta sunt auxilia, si sponte offeruntur: cur *post sociale foedus* admittuntur: aut, si foedere promitti possunt, cur non remitti potest alteri

^{a)} TERENCE. Heaut. V. 2. 39.
FEND. iur. nat. & gent. II. §. §. 6.

^{b)} GROTI. 2. 25. §. 3. 4. 5. 6.

^{c)} PVFF-

alteri necessitas petitionis, cur non sponte offerri illud, quod, si promissum esset, deberetur: cur non communi consilio concurrere ad calamitatem aliorum subleuandam, si res & causa opportuna esse videatur. Nisi forte etiam incendium a viatoribus non extinguere potest, nisi ad ferendam opem aduocentur? quia posset incertum esse, an non dominus suae voluptatis & animi causa aedes suas incenderit, & fumum excitarit. Hac fere criminatione ARIOVISTVS aduersus CAESAREM d) usus est, cum hic ad defendendam Aeduorum iniuriam in Galliam cum exercitu venisset. „Negabat enim Romanis *foedus* esse cum Aeduis, neque in aliis bellis Aeduos a Romanis exercitu „defensos. Simulari ab illo amicitiam, dum Aedui defenderentur., Sed recte quidem CAESAR e) non pati, respondit, consuetudinem populi Romani, ut socios optime meritos desereret, qui amicos non modo nihil sui deperdere, sed gratia etiam, dignitate, honore auctos esse velit: recte idem etiam alio loco, cum Sueffionibus aduersus Bellouacos subueniret, ad *dignitatem* suam pertinere iudicauit, nullam calamitatem socios optime meritos accipere, & propter exemplum referre, ut exercitu defenderentur, quamuis nec foedere obstringeretur, nec Sueffiones & Aedui auxilia a populo Romano petiissent. Nimirum omnes omnino homines liberos, quasi *administratos* quosdam *diuinæ voluntatis*, hac lege natos esse nouimus, ut nihil ab ipsis intermittatur, quod ad sancendam fidem, iniuriam propulsandam, improbos nefariosque coercendos & in officio continendos, pertinere posse videatur. Igitur, si *manifesta* sit iniuria, non solum *licet* succurrere oppresso, sed *ne possumus quidem* quiescere sine ignominia, aut sine prodicionis quadam nota laborantem deferere, ad quem sine periculo & incommodo defendendum copiae & facultates suppetebant. Optime enim TULLIVS f) qui non defendit, inquit, nec obsistit, si potest, iniuriae, tam est in vitio, quam si parentes, aut patriam, aut socios deseruisset: idem etiam alio loco g) gratias egit Deiotaro, qui ad ipsum in prouincia legatos miserat, se cum omnibus suis copiis in castra eius venturum esse. Inepta etiam Ariouisti excusatio, qua aduentum suum in Galliam purgabat: h) Rhenum se non transisse sua *sponte*, sed rogatum atque *accitum* a Gallis, quasi non *sponte*liceret auxilium ostendere afflictis. Illud vnum cauendum est, ne quid *temere*, & inconsulto, & causa nondum cognita, non manifesta iniuria, suscipiatur.

Sed in *ciuilibus* societatibus adstrictior est facultas *auxilii* ferendi: esset enim periculum, ne per illam occasionem respublica concursationibus improborum, & tumultibus perturbaretur: & commodius per *iudicem* res illa

Q 3

po-

d) CAES. bell. Gall. l. c. 44.

e) Id. l. c. 43. §. 8. & c. 45. §. 1.

f) CIC. de

offic. l. 7.

vid. DIOD. SIC. l. 77.

g) CIC. ep. ad fam. XV. 4. §. 9.

h) CAESAR bell. Gall. l. 44.

poterit administrari, in quo omnes *commune auxilium* habebunt. In *necessitatibus* tamen *repentinis*, tantum abest, ut scelere contaminentur, qui ad ferendam opem conuenerunt: ut vel inuiti aliquando concurrere, atque ad iniuriam prohibendam vires & studia conferre teneantur. MARCIANVS enim l. 6. D. *ad l. Pompei de parricid.* etiam extraneos, qui cognouissent, matrem parricidium moliri, puniendos esse, ait, quasi parricidas, cum indicare, & prohibere potuissent. Idem & MODESTINO atque ARRIOMENANDRO in militibus placuit, ut, qui praepositum, cum possent, non protexerint, illum occidisse videantur, l. 3. §. 22. & l. 6. §. 8. D. *de R. mil.* Cum contra, qui ciuem aut socium seruasset, quamuis iniussu, corona ciuica donandus esse videretur. ⁱ⁾ Illustre est exemplum eiusmodi auxilii apud CAESAREM ^{k)} T. PULFIONIS & L. VARENI, qui cum per multos annos summis similitatibus contendissent, tamen in certamine & *periculo* alter alteri *inimicus auxilio* salutique fuerunt, ut diiudicari non posset, vter vtri, virtute anteferendus videretur. Imo vero Germanorum etiam militaribus legibus subinde milites, etiam extra praelium, succurrere in rixa & periculo commilitoni, ipsumque cum aduersario reducere in gratiam iubentur. Reuterbest. d. A. 1570. art. 74. Item: Da einer oder mehr mit dem andern uneinig worden, und mit der That an einander wüchsen, so soll ein jeder der solchen Unwillen siehet, oder erfähret, und dabey ist, Fried nehmen, und darauf die vertragene Parthenen denselbigen Frieden stracks unverwiedert zu halten schuldig seyn, so lang die Feldbestallung wehret.

§. III.

*Auxiliares
milites in Ro-
manorum ex-
ercitu olim a
sociis seiun-
gebantur illi
& periculosi
reipublicae
utiles fue-
runt.*

Sponte igitur subinde ostendi potest *auxilium* amico vel inimico laboranti; sed *precibus* plerumque impetratur: in periculis maxime, in quibus res per vim administratur. Itaque inter *gentes liberas* imprimis frequentissimi de auxiliis tractatus: cum iusta illis sint arma, qui nullam spem, nisi in armis, habent. *Romani* quidem certe, qui non minorem bello, quam pacis artibus, gloriam adquisiuerunt, nihil facile sine *auxiliis* tentabant. VEGE- TIVS enim ^{l)} *exercitum Romanum* tam *legionum*, quam etiam *auxiliorum*, nec non *equitum*, ad gerendum bellum collectam multitudinem, appellat: ut solae ciuiles copiae nomen *iusti exercitus* non habuisse videantur, nisi *auxiliis* adiunctis. Illud Latini aliquando apud LIVIVM ^{m)} Romanis obiecerunt. *Socialis*, inquiunt, *exercitus* est is, quo adiuncto *duplicatis* vires vestras, quem secernere a se nolunt consules, bellis propriis ponendis sumendisque. Sed VARRO quidem ⁿ⁾ *auxilium* ab *auetu* appellari, ait, cum accesserint, qui *adiumento* essent, *alienigenae*. Idem etiam FESTO ^{o)} videtur, qui *auxiliares*, inquit,

ⁱ⁾ PLIN. hist. nat. 16. 4.^{k)} CAES. de bello G. V. 44.^{l)} VEGE. III. 1.^{m)} LIV. 8. c. 4.ⁿ⁾ VARRO de lat. ling. IV. p. m. 24.^{o)} FESTVS de

verb. sign. v. auxiliares.

inquit, dicuntur, in bello *socii* Romanorum *exterarum nationum*, dicti ex græco vocabulo *ἀνζήσις*, quod nos, *rerum crescentium auclionem*, appellamus. Idem M. TULLIVS *p)* in provincia, ut *iustum* exercitum haberet, se ex SCto, ait, euocatorum firmam manum, & equitatum satis idoneum, & populorum liberorum regumque *sociorum auxilia* voluntaria comparauisse. Igitur vides, & *socialē exercitum*, *externa auxilia* Romanis copiis adiuncta esse, cum in bellum proficiscerentur. Olim quidem certe *Latinos* inprimis, & *Italiæ* gentes, *socialē cœtum*, *socialia agmina*, non *auxilia*, appellarunt. Sed *auxilia* ab *exteris* accipiebantur & postremo loco habebantur. Aperte PLINIVS, *q)* militi, qui militem *auxiliarium*, imo regem etiam auxiliariorum, in praelio seruauit, *coronam ciuicam* non dari, ait; quamuis POLYBIVS *r)* milites ob *socium* seruatum *σώσαντάς τινας πολιτῶν ἢ συμμάχων* coronari affirmer. De qua re deinde locus erit exponendi. Igitur inter *socios*, & *auxilia* discrimen aliquod admissum. Sed postea, cum ciuitas non solum cum Latinis, sed cum Italis etiam communicata est, illi magis inter legiones & ciuilem exercitum recepti; atque ex his fere temporibus vtrumque & sociorum & auxiliorum nomen *externis* tantum copiis tributum, quæ sub Romanorum auspiciis aduersus hostes ducebantur. Multa de illo argumento SPANHEMIVS, *s)* quaedam etiam LIPSIVS *t)* obseruauit, quos exscribere non vacat. Certe ex illo tempore *legionibus auxilia* duntaxat opponuntur; & sociorum copiae *auxilia* subinde appellantur. TULLIVS enim illo, quem supra excitauimus loco *u)* librorum regum, & *sociorum auxilia* laudauit: ut nihil inter *socios*, & *auxiliares* interesse, sed tamen miles *auxiliarius* legionario contemptior fuisse, videretur. Aut omnia me fallunt, aut eo sensu PLAVTVS *x)* *auxilia* a *legionibus* seiungit:

Augete auxilia, victis vestris *legionibus* & ASINIVS POLLIO in epistola ad M. Tullium, *y)* militem, inquit, non solum *legionarium*, sed ne *auxiliarium* quidem vllum, quoquam misi: ut ostenderet, minus momenti in *auxiliis*, quam in *legionibus*, fuisse. Sed magis explicite VEGETIVS *z)* *legionibus* semper *auxilia*, tanquam *leuem armaturam* in acie adiunctam esse, docet, ut exercitus in his magis præliandi *adminiculum*, quam *principale subsidium*, haberet. TACITVS *a)* etiam obseruat, singulis *legionibus* certa quædam *externa auxilia* adiecta. Batauorum enim cohortes quartæ decimæ legionis *auxilia* fuisse, ait, quasi ipsis solis non tuto aliquid committi potuisse videretur. Imo vero idem ille VEGETIVS *b)* *auxiliares* con-

p) CIC. epist. ad fam. L. 15. 4. 4.

q) PLIN. hist. nat. 16. 4.

r) POLYB.

hist. L. 6. p. m. 483.

s) EZECH. SPANH. de orbe Romano, exerc. I. c. 9.

& 10. & exere. II. 21.

t) LIPS. de re milit. l. I. dial. 7. p. 44 sqq.

u) CIC.

ep. ad fam. XV, 4. §. 7.

x) PLAVT. Cistell. II. 1. 3. 7.

y) CIC. ep. ad

fam. 10. 32. §. 12.

z) VEGET. de re milit. II. 2.

a) TACIT. hist. l. 1.

c. 59.

b) VEGET. l. 6.

conduci ad prælium ex diuersis locis, ait, ex muneribus diuersis venientes: nec disciplina inter sese, nec notitia, nec affectione consentire: alia inter illos instituta, alium armorum vsum frequentari: et necesse omnino esse, vt tardius ad victoriam perueniant, qui inter se discrepent, priusquam dimicarent.

Sed LIVIUS c) etiam aliud incommodum in *auxiliis* obseruat, quod, prout præmiis & sollicitationibus & mercede & cupiditate ducerentur, facilius in alterutram partem *inclinarent*. Deserti enim Romani a Celtiberis in Hispania, quos Asdrubal seduxerat, triste exemplum pro documento habuerunt, ne ita *externis* credant *auxiliis*, vt non plus *sui roboris suarumque* proprie virium in castris habeant. Eandem fere notam TACITVS d) Germanorum copiis inussit: quas a Gallis *auxilio* accitas, non solum hostibus, sed etiam fociis imposuisse feruitutem, ait.

Itaque periculosa libertati & suspecta plerumque *auxilia* Romanis videbantur. Sed idem ille TACITVS, alio loco, e) *magnum* ait, *momentum* fuisse in *auxiliis* Batauis inprimis, fortunæ aut secundæ, aut aduersæ, prout illa inclinassent; vt, non frustra in exercitu fuisse *auxilia*, intelligatur. Aliquando etiam Galli, nihil *validum* esse, in exercitu Romano, nisi quod *externum* esset, obseruarunt. f) Et iidem alio loco g) *prouincias sanguine prouinciarum* potius, quam Romano milite deuictas, aiunt. TACITVS, etiam ingens decus victoriæ: Iulii Agricolæ accessisse, credit, quod *citra Romanum sanguinem* bellasset, dum incitatos ruentesque ita disposuit, vt peditem *auxilia* mediam aciem firmarent, equitum tria millia cornubus affunderentur, legiones pro vallo starent, tunc demum affuturæ, si *auxiliares* pellerentur. h) Itaque commodius bellum per *auxilia administrari* credebantur, quia duces, adhibitis auxiliis, Romano sanguini parcebant. Sed *auxiliares & virtute* interdum Romanos superabant: non raro etiam fide & constantia gloriam adepti. CAESAR enim aliquando i) castra *diligentius & acrius* a Thracibus barbarisque *auxiliis* defensa esse, docet, quam a cohortibus Romanis, quæ ibi præsidio relictæ erant. Certe *extraordinarios* milites, ex *auxiliis* ad præsidium ducis inprimis selectos fuisse, ob virtutem, etiam POLYBIUS k) obseruat, cum illorum se fide Imperatores commodissime defendi arbitrarentur. Sed de his deinceps locus erit admonendi. Augustus etiam Batauorum *extraordinariam* cohortem *præsidium corporis sui* esse voluit, si DIONEM l) audiamus. Et cum omnia Romæ suspecta essent, NERO Germanis, tanquam *externis* maxime fidebat. Idem fere ab aliis principibus frequentatum, donec Galba Imperator Germanorum cohortem, quod SVETONIUS ait, m) a Cæsaribus olim ad custodiam corporis institutam mul-

c) LIV. l. 25. c. 34.

d) TAC. hist. 4. c. 73.

e) TAC. hist. I. 59.

f) TA-

CIT. annal. 3. c. 40. f.

g) Id. hist. 4. 17.

h) Id. in vita Iuli Agric. c. 35.

i) CAESAR de b. ciu. III. c. 15.

k) POLYB. l. 6. hist. p. 472.

l) DIO

GASSIUS l. 55. p. 647. edit. Steph.

m) SVET. in Galba, c. 12.

multisque experimentis *fidelissimam*, dissoluit, ac, sine vlllo commodo, in patriam remisit.

Sed hæc utcumque fuerint, semper quidem robur exercitus, & nervus in legionibus fuit: a quibus *auxilia* contemnebantur. *VEGETIVS* enim ⁿ⁾ documento esse magnitudinem Romanam, ait, quæ semper cum *legionibus* dimicans, tantum hostium vicerit, quantum vel ipsa voluerit, vel natura rerum permiserit.

Ex hac causa *auxiliarii* non solum gradu militiæ, sed etiam nominibus plerumque a *ciuili* exercitu seiungebantur. *Legionarii* enim milites proprio & domestico nomine in *cohortes* distributi sunt. ^{o)} Sed *TULLIVS* ^{p)} *auxilia* a cohortibus distinguit. Auxiliorum enim cætus *alæ* potius, quam cohortes, dicebantur. Cæsar certe *auxilia*, quæ legionariis militibus opponit, milites *alarios* appellat. ^{q)} *LIVIVS* etiam *sociorum* equitum *alam* nominavit. ^{r)} Et idem, quem antea adduxi, Cæsar, M. Varro- nem, delectu habito tota Hispania cohortes XXX, *alarias* coegisse. ^{s)} Raro certe auxiliares copię *cohortium* nomen acceperunt, nisi aliud nomen fuerit adiectum. Apud *LIVIVM* ^{t)} tamen *extraordinarias* cohortes inuenio, quas ex auxiliis delectas, ad præsidium consulis & custodiam corporis, supra fuit obseruatum. *TACITVS* etiam aliquando cohortes Batauorum auxilia legionis decimæ quartæ, appellauit. ^{u)} Sed alio loco, apud eundem *TACITVM* occurrunt *ala* Batauorum, ^{x)} *ala* Britannica, ^{y)} Picentina, ^{z)} Treuerorum, ^{a)} *alæ* Mæsicæ & Pannonicæ, ^{b)} & Rheticæ, ^{c)} *alares* milites, a legionariis seiuncti ^{d)} *alares* Pannonii, robur equitatus ^{e)} equites *alarii*, a legionariis distincti. ^{f)}

Multum igitur intererat inter *auxilia* & legiones. Sed illud attinet monere, extremis temporibus, postquam ciuitas omnibus communicari cæpta, nihil purum, nihil sincerum in exercitu fuisse. Non solum enim *exteri* accepti inter legiones, sed *ciues* etiam subinde in alis *auxiliariorum* militare maluerunt: ut videatur vtriusque militiæ vsus promiscuus fuisse, & *auxilia* a legionibus duntaxat disciplinæ & pugnae genere distincta. *GALBA* enim, si *SVE TONIVM* audias ^{g)} ex plebe Hispaniæ, & *legiones* & *auxilia* conscripsit. Et *VEGETIVS* auctor est ^{h)} plerosque in *auxiliis* potius, quam in legionibus, militiæ sacramenta percepisse, quia res commodius in auxiliis administrari videretur. Sed hoc quidem loco & pretio apud Romanos *auxilia* fuerunt.

§. IV.

ⁿ⁾ *VEG.* de re milit. II. 2. ^{o)} *Id.* ibid. II. 6. ^{p)} *CIC.* ep. ad fam. XV. 4. 17.

^{q)} *CÆS.* b. G. I. 51. ^{r)} *LIV.* 35. 5. ^{s)} *CÆS.* b. G. II. 18. ^{t)} *LIV.* 34. c. 47.

^{u)} *TACIT.* I. 59. ^{x)} *Id.* IV. 18. ^{y)} *Id.* hist. III. 51. ^{z)} *Id.* hist. IV. 62.

^{a)} *Id.* hist. II. 14. ^{b)} *Id.* hist. III. 2. ^{c)} *Id.* hist. I. 68. ^{d)} *Id.* hist. II. 94.

^{e)} *Id.* ann. XV. 10. ^{f)} *Id.* ann. IV. 73. XII. 27. ^{g)} *SVE T.* in Galb. c. 21.

^{h)} *VEG.* de re mil. II. c. 3.

§. IV.

*Voluntaria
auxilia pu-
blica & pri-
uata.*

Magnus igitur apud liberas gentes *auxiliorum* usus in exercitu. Ab *inuitis* tamen gentibus exigere *auxilia* non possunt, nisi ex *foederis* formula subinde debeantur. Sed de his quidem, quae ex *sociali* *pactione* submit-
runtur, & *necessaria* vocantur, deinceps locus erit disputandi. Iam de *vo-
luntariis* inprimis videamus. Sunt enim illa varii generis, atque in *publi-
ca* & *priuata* diuiduntur. *Publica*, quae a gente libera vicino *spon-
te* in
repentinis necessitatibus auspiciis publicis mittuntur: de quibus antea a no-
bis disputatum. Sed *priuata* sunt, cum ab exteris principibus milites, in
alieno territorio, non quidem auspiciis principis, eius regionis, sed bona
tamen *eius cum venia*, conscribuntur. Est & aliud genus auxiliorum, dubiae
naturae, & *quasi publicum*, cum ab ipso quidem externo principe, aut eius
nōmine, apud alias gentes liberas *auxilia* conscribuntur, sed illae gentes ta-
men, apud quos milites pro exteris leguntur, ex *foedere* tenentur, vt ex-
terno principi permittant militem voluntarium in ipsorum ditione scribere.
Quae species apud *Heluetios* inprimis subinde frequentatur. Sed de his qui-
dem auxiliis postea monebo. Iam quidem primo de *voluntariis priuatis* vi-
deamus.

Ipsa certe necessitas gentes docuit, vt, si nec ipsae domesticis copiis va-
lerent, neque usus amicitiae cum vicinis esset, mitterent legatos, qui *volun-
taria auxilia* pararent. Hae sunt *conductitiae* cateruae, quas in Baecotiorum
exercitu NEPOS obseruauit. i) Enimuero reges Orientis, quod IUSTI-
NVS affirmat, k) nulla omnino bella sine *mercenario* Gallorum exercitu,
id est, sine illorum *auxiliis voluntariis* gesserunt. Neque enim facile pri-
uati, citra regis sui auspicia, nisi *mercede* conducti, alienam militiam subi-
bunt. Quapropter *priuata* illa auxilia plerumque *mercenaria* dicuntur.
LIVIUS obseruat, ante bellum cum Annibale, Romanos *mercenarium* mi-
litem in castris nunquam habuisse, sed tunc in Hispania demum Celtiberos
conductos. l) Sed constat non solum ante illud tempus, in primo bello
Punico, quod ZONARAS m) testatur, sed etiam postea saepius, *auxilia vo-
luntaria* spe mercedis, vel stipendii, in magnis necessitatibus a Romanis con-
tracta esse. M. etiam TULLIUS in prouincia se populorum liberorum *au-
xilia voluntaria* comparasse gloriatur. n)

§. V.

*Voluntaria
Germanorum
auxilia.*

Germanis quidem semper gloriosum fuit, non solum fines tueri, &
parta virtute militum defendere; sed etiam sociis & amicis *auxilia* mittere,
& subsidio venire. Certe *priuatis*, a prima gentis origine, permissum,
exte-

i) NEPOS in Chabria sub init.

k) IUSTIN. L. 25. c. 2.

l) LIV. 24. c. 49. f.

m) ZONARAS apud Lips. de re milit. L. 1. dial. 7. p. 45.

n) CIC. ad fam.

exteris etiam virtutem suam commodare, & apud gentes liberas extra patriam in auxiliis militare. Illa enim insignis species Germanicae libertatis appellatur, quod liceat priuatis, apud exteros, periculum virium suarum facere, & in castris aliarum nationum arma fere: modo gloriae quaerendae & virtutis exercendae causa ad exteros commigrent. Non attingam antiquissima tempora, de quibus CAESAR & TACITVS & omnes veteres testantur. Ipsi enim procures Germaniae in recessu imperii Spirensi d. an. 1570. §. 4. de hac re fidem faciunt: Haben Wir uns zupörderst erinnert, wie es im heiligen Reich Teutscher Nation von Alters her eine löbliche Gestalt Teutscher Freyheit, um Ehre und Ruhm, mit Ritterlichen Thaten, frembden Potentaten, ohn alles Belendigen des Vaterlandes und dessen Angehörigen zu dienen, gehabt. Item in R. Imp. AVG. d. a. 1582. §. 31. Ferner, ob wohl im H. Reich Teutscher Nation von Alters diese Freyheit gebraucht, frembden Potentaten, um Ehr und Ruhm, mit ritterlichen löblichen Thaten, ohn alles Belendigen so wohl Unser, als auch, des H. Reichs, dessen angehörigen Ständen, Unterthanen, und Schirms-Verwandten, zu dienen: Etiam nouissime in Capitul. Carol. VI. art. §. und dieweil 2c. Principes electores illud luculente affirmarunt; Und dieweil denen frembden Potentaten je zu Zeiten im Reiche ihre Werbungen anzustellen, wohl verstattet wird, auch in dem Instrumento Pacis, und denen Reichs-Constitutionibus vorhin zur Gnüge versehen, wie weit einem Stande, oder Angeseffenen des Reichs, sich bey Auswärtigen in Kriegs-Dienste zu begeben, oder einzulassen, erlaubt; So sollen und wollen Wir 2c. 2c. Neque enim posterius libertatem illam priuatis omnino ademerunt: sed abusus tantum, cum incommodo S. R. Imperii coniuncti & lauius grassati, sanctissimis constitutionibus coerciti, atque res in ordinem redacta. Itaque placuit hanc libertatem legibus quibusdam continere, ne quis illa licentiosius & cum patriae periculo vtatur. De his, operæ pretium est, vt paucis exponamus. Inprimis vero, ne sua sponte milites confluant, aut, conspiratione facta, vagentur cum tumultu, quasi militaturi, aut a priuatis, seditionis causa, iniussu magistratus, se legi & in numerum referri patiantur, seuerum interdictum: illud enim ad vim spectare videbatur. Ita In R. I. Vormatiensi: d. a. 1564. §. 15. studiose cautum: Daß in allen Chur, Fürst, Fürstenthumben, und Gebieten, die Vergaddungen des Kriegs-Volcks, welches sich, selbst eignes Vorhabens, ohne Vorwissen, und Erlaubniß der ordentlichen Obrigkeit, zusammen schlagen möchte 2c. 2c. keines Weges geduldet werden sollen 2c. 2c. So setzen 2c. 2c. Da jemand, wer der auch wäre, sich unterstehen würde, Kriegs-Volck, aufzuwickeln, und zu versamlen, daß derselbe Stand und Obrigkeit, ihres Vermögens, solches unverzüglich abschaffen, und keines Weges gedulden solle.

§. VI.

*Non tamen
legi possunt,
nisi a præfe-
ctis & duci-
bus Germanis*

Deinde placuit, *Germanos*, quamvis *exteris* principibus militaturos, a nemine, nisi a *Germanis præfectis & centurionibus*, conscribi. Ignomiosum enim videbatur, illos ab alienigenis in numerum referri: & periculosum, in nostro *exteris* esse aliquam omnino potestatem. Pœna etiam gravissima in illos constituta, qui *exteris*, militem legentibus, obtemperent, atque illis nomen dare audeant, nisi præfectus natione *Germanus* huic rei administrandæ ab *exteris* adhibeatur. Neque potest deinde inter *Germanos* ad militiam admitti, aut ad vllum eius gradum adspirare, qui *exteris* se venderit, contra militarem disciplinam. Ita constitutum art. 216. der Reuter-Bestallung, in comitiis Spirensibus d. a. 1570. promulgatæ. Nachdem auch den Teutschen Obersten, Rittmeistern und Hauptleuten, vermöge der teutschen hergebrachten Libertät und Freyheit 2c. 2c. zugelassen und frey ist, frembden Potentaten teutsch Kriegs-Volck zu zuführen, und aber jetziger Zeit, andere, so nicht gebohrne Teutsche sind, sich dessen auch unterstehen, und gebrauchen wollen, daraus allerhand Verkleinerung und Nachtheilung der Teutschen Nation endlich erfolgen mag, So soll hinfürter keiner Person, frembder Nation, die im Reich, oder dessen Schutz und Schirms angehörigen Länden nicht gefessen, verstattet werden, Teutsch Kriegs-Volck zu Ross oder Fuß, als ein Obrister, Rittmeister, oder Hauptmann, anzunehmen 2c. 2c. Und da solches von einer frembden Nation Obristen, oder Befehlshalber in Reich fürgenommen würd, soll solches alsbald durch die Kriegs-Obristen, oder Uns selbst abgeschafft, und gewehret werden. Es sollen auch diejenigen, so sich unter frembden Obersten und Befehls-Leuten bestellen liessen, darum von ihrer Obrigkeit, darunter sie gefessen, gerechtfertiget, und gestrafft, auch ferner unter keinen teutschen Regiment geduldet und gelitten werden.

§. VII.

*Contra impe-
rium eiusque
status & so-
cios non per-
missa sunt
auxilia vo-
luntaria.*

Tertio, ex legibus, quas supra recitauimus, apparet, *contra patriam*, id est, contra Germaniam, S. R. Imperium eiusque ciues, socios atque foederatos, militare *Germanis* non permissum: sed inprimis patriæ, eius sociis & amicis hanc operam nauandam. Expresse enim cautum, vt saluis rebus patriæ, ohne alles Beleydigen des Vater-Landes und dessen Angehörigen, in externam militiam concedant. Imo vero placuit, *Germanos*, qui apud externos mereant, expresse hoc pacisci, ne vnquam contra *Germanos* in aciem ducantur. Reuter-Bestallung d. a. 1570. art. 217. Soll das teutsche Kriegs-Volck, und alle diejenigen, so von frembden Potentaten in Bestallung und Pension, oder Jahr- und Dienst-Geld angenommen werden, in ihren Bestallungen, und Pension-Brieffen, ausdrückl. vorbehalten, daß sie sich wider das H. Reich Teutcher Nation, und das geliebte Vater-Land, oder einigen

einigen Stand dessen, weder *offensivae*, noch *defensivae*, nicht gebrauchen lassen 2c. 2c. Quod si quis ausus fuerit, hostibus patriæ, vel horum fœderatis, opem ferre, vel in illorum exercitibus militare, ipse videtur hostis patriæ & perduellis. Ita in capit. Ioseph. art. 15. Und da einer bey einen in comitiis imperii declarirten, oder sonst wißentlichen Reichs-Feinde, oder dessen Bundsgenossen, und Helffers-Helffer Kriegs-Dienste annehmen würde, wollen Wir wider denselben, als einen Reichs-Seind, mit Confiscirung der Güter, auch sonst nach Anleitung der Execution und Reichs-Ordnungen, auch gemeinen Rechten, mit aller Schärffe verfahren, dergestalt, daß selbiger auch an seinen Erb- und Lehn-schafften, Anwartsung und Rechten, auch Haab und Gütern, Aemtern und Dignitäten, oder auch, da man ihn ertappet, an Leib und Leben, die Abwesende aber in ihren Bildniß abgestraft, ihnen und ihren Descendenten ihre Stamm- und sonst erhaltene Wappen ferner zu führen nicht gestattet, noch weniger sie vor Stifft- und Rittermäßigkeit jemahls gehalten, sondern insgemein aller Ehren unfähig erkläret werden. Igitur ne Germani impiis armis & sanguine suorum polluantur, visum est, illos ante omnia in imperii & sociorum amicorum castris militare & socios imperii extraneis præferre. Da auch von Uns, oder andern einiges Kriegs-Volk im Reich, zu Ausländischer Uns und dem Reich wohl zutgethanen, zumahl mit Uns alliirten Potentaten Dienst geworben: Cap. Ioseph. art. 15. in Saxonia electorali etiam novissime constitutum, ne militi honesta missione impetrata, a nostro exercitu digresso, *exterorum* militiæ se dare liceat, nisi antea legioni, in qua militavit, aut summis ducibus exercitus Saxonici, se, vitam, sanguinem suum obtulerit; cum ipsi sit honestius, pro principe & patria, cuius disciplina imbutus est, & cui omnia debemus vivere & mori, quam aliis se vendere patriæque obliuisci: graui pœna in impios & immemores legis constituta. In mandato enim Augustissimi patris patriæ, Hubertib. d. 26 Sept. 1763. emisso, hæc missionis formula præscripta: Jedoch mit diesen ausdrückl. Vorbehalt, daß wenn Er, nach vorfallender Veränderung derer Umstände, über lang oder kurz, sich freywillig, und aus eigener Bewegung, wieder in Kriegs-Dienste begeben wolte, Er seine Person zusörderst dem Regiment, woben Er bißhero engagirt gewesen, und da dieses ihn nicht annehmen könnte, oder wolte, hiesiger hohen Generalität, zum Dienst zu präsentiren, und anzubiethen; auch, bey welchem Regiment man ihn sodenn placiren wird, zu gewarten schuldig seyn soll: Inmassen er auch ad protocolum derer Regiments-Gerichten sich hierzu verbindlich gemacht, und zusörderst dem Regiment, so dann aber der hiesigen Armee überhaupt, das Vorzugs- und Näher-Recht an seiner Person, vor allen frembden und auswärtigen Diensten, zugestanden.

§. VIII.

Auxilia voluntaria Germanorum non sine venia principis evocari possunt.

Legi igitur subinde possunt milites in Germania, qui in *auxiliis* exterorum arma ferant. Sed tum natura gentis liberæ, tum studium pacis, & ordinis, quo peruerso, omnes partes reipublicæ conuellantur, tum leges S. R. imperii seuerissime sancitæ, non permittunt, vt, *inuito* principe & republica, ciues in militiam *externam* abstrahantur. Enimvero in *recessu imperii Spirensi* d. an. 1570. §. 7. 8. 14. itemque in *Ratisbonensi* d. a. 1576. §. 39. & in *Augustano* d. an. 1582. §. 32 sq. sollicitè constitutum, ne quis *exterorum* principum in terris imperii militem scribere audeat, nisi venia ab *imperatore* impetrata, Daß hinführo ein jeder frembder Potentat, wer der auch sey, so im H. Reich Kriegs-Leute werben lassen wolle, bey Uns als Römischen Käyser, darum ansuchen soll. Præterea, ne qua fraus legi fiat, & ne quid præfecti, iniussu principis, cui *auxilia* comparantur, sui compendii causa, moliantur, quod ad vim spectare possit, & generaliter, ne quid patria per illam occasionem detrimenti capiat, placuit, vt *numerus* militum, & præfectorum atque centurionum nomina, antea explicite indicentur. Mit ausdrückl. Vermeldung, wie viel Kriegs-Leute Er bestellen lassen wolle, welche die Obristen, Rittmeister und Haupt-Leute seyn. Ex quibus apparet, *caussa cognita* demum concedi, vt *auxiliares copiae* in terris imperii a principe externo conscribantur. Sed in causæ cognitione etiam hoc versatur, ne ipsa aliquando Germania viris fortibus & milite careat, in suis necessitatibus, si nostri liberaliter gentibus externis concedantur. Cuius rei si sit suspicio, interdici potest ciuibus, ne in alienam militiam concedant. Aliquando enim, in communibus patriæ periculis, & cum res ad angustias redacta esset, consensu omnium decretum, ne omnino *exteris milites* & *auxilia* concedantur, quorum ipsi Germani indigerent, donec patria liberata, pace restituta, virtuti campus latior aperiretur. Ita placuit in R. I. Ratisbonensi d. a. 1598. §. 38. Bey jetzigen offenen Kriege, die frembden Werbungen, sie seyn auch angesehen, wohin sie wollen, von Heutern und Knechten, in dem H. Röm. Reich weder heimlich noch öffentlich zu gestatten. Item in R. I. Ratisb. d. a. 1603. §. 12. confirmatum. In capitulat. Ioseph. etiam art. 15. conuenit, ne vlli omnino, præterquam S. R. I. eiusque *foederatis*, *auxilia* legendi fieret facultas, auch auff begebene Fälle alles Ernsts verbiethen, daß im H. Röm. Reich jemand vor einen andern, wer der auch seye, als das Vater-Land, und dessen jederzeit Bundsgenosse sene werbe, oder sich werben lasse 2c. 2c. Neque habent illo casu ciues, quod *libertatem Germanicam* inuocent, aut de interdicto conquerantur. Omnes enim hac lege in rempublicam se conferunt, atque in illa defenduntur, vt, si qua necessitas ingruat, ipsi etiam reipublicæ & ciuitati gratiam referant, eius salutem & incolumitatem, omni diuina & humana virtute, neruis omnibus

nibus, atque ipso sanguine & spiritu, defendant. *Augustissimus* certe *imperator* in nouissima capitulatione art. IV. §. und dieweil 2c. 2c. se operam daturum promisit, ne quid eiusmodi incommodi Germania accipiat, dum ab *exteris* ius conducendi milites Germanos impetratur. So sollen und wollen wir zufförderd dahin sehen, damit das Reich der Mannschafft nicht entblößt werde.

De *statibus* imperii nemo dubitat, quin in ipsorum territoriis omnino, ipsis inuitis, legi milites non possint: cum copiis collectis ne *transire* quidem per illorum terras liceat, nisi venia ab ipsis impetrata. De qua re deinceps exponemus. Imo natura summæ potestatis, quam *superioritatem territorialem* appellamus, *iusque belli & pacis* sanctissima lege ipsis tributum, non permittunt, vt milites & ciues ipsis inuitis extorqueri possint. Ipsos vero *auxilia*, & ius militem legendi, sine cuiusquam incommodo, exteris gentibus & fociis largiri posse, expeditum est; cum *ius foederum* inter se cum *exteris* faciendorum, cuius libertas articulo VIII. *instrumenti pacis Westphalicæ* vindicata est, ius mittendi auxilia & concedendi militum in ipsorum terris legendorum facultatem, comprehendat.

§. VIII.

Venia igitur impetranda est, priusquam in terris imperii *auxiliares* *Cautio ab* *copiæ* legantur. Sed non conceditur venia, nisi præstita *cautione*, Germa-*exteris præ-* nos nihil ex illa caussa detrimenti accepturos. Primo igitur ipsi *principes* *standa qui* *exteri* cauebunt, hunc militem, quem legant, aduersus imperatorem & *militem in S.* *R. I. legunt.* *S. R. Imperium*, eiusque status & ordines, non dimicatu-*ros*, & præterea, cum ex imperio discedent, *transitum innoxium* futurum? Darneben diese Erklärung und Zusage thun, daß solch Kriegs-Volk wider Uns, des H. Reichs Chur-Fürsten, Fürsten und Stände, nicht gebraucht werden solle, auch in den An-Durch- und Abzügen, Niemand beschweren, was sie ver- brauchen, zahlen, keinen Muster-Platz noch Musterung, kein Abdanken oder Trennen in des H. Reichs und dessen Angehörigen Schirms-Verwandten, Grund, Boden und Obrigkeit fürgenommen werden, sondern außserhalb desselben solches alles beschehen soll. Itaque nec recenseri in terris *S. R. I.* nec dimitti possunt, ne globus ille hominum gestiat, aut res novas moliatur, aut vis omnino fiat, per occasionem. Eadem fere cautio a præfectis & centurionibus exigitur, qui auxilia legenda susceperunt. *R. I. d. a. 1570. §. 8.* Supremo etiam præfecto circuli illius, in quo milites leguntur, aut per quem transeunt, eiusque collegio, dominoque territorii, indicandum est consilium, & fides facienda, & securitas præstanda. Und dann, daß Sie gnugsam verbürgte Cautio den Obristen, Zu- und Nachgeordneten, in dem Creyß und Landen, darinnen geworben, oder der An- und Durchzug fürgehen möchte, zufförderst thun wollen 2c. 2c. §. 8. d. *R. I. Fide-* *iussores*

iussuores etiam desiderantur. Sed non videntur idonei, nisi ex ipsis ordinibus imperii accipiantur, & qui omnia bona sua iure pignoris obligent. Darzu gnugsame Caution mit Ständen im Reich geseßen, erstatten sollen 2c. Ipse Præfectus, eiusque fideiussuores, si quid damni datum fuerit, tanquam debitores principales simpliciter, atque in solidum tenentur. §. 10. & 12. de R. I. Eadem fere art. XVII. §. 9. instr. pac. Westph. cum cura repetuntur. Imperatores etiam, vi capitulationis Ioseph. art. 15 & nouissimæ art. 4. §. Und dieweil 2c. 2c. prospicere tenentur, vt his promissis satisfiat, auch die Versü- gung thun, daß die Chur, Fürsten, Fürsten und Stände des Reichs, sammt allen dessen Angehörigen, bey obbemeldter Werbung, mit Versammlung, Durchfuhr, Einquartierungen, Muster, Plätzen, oder sonst in einige an- dere Wege, wider die Reichs Constitutiones und das Instrumentum Pacis, nicht beschweret, oder darwider verfahren werde.

§. X.

*Pœna illo-
rum qui ne-
glectis impe-
rii legibus
militem in S.
R. I. legunt.*

Habes igitur leges & conditiones, quibus parere debent qui auxilia voluntaria & priuata in terris imperii conscribunt. Si quid secus & contra illa factum fuerit, ille, qui clanculum, vel aperte, pro exteris auxilia con- duxerit & copias contraxerit, hostis iudicatur, in bannum imperii ipso iure incidit, a summis præfectis circulatorum capitur, discedere prohibetur, secun- dum leges imperii in illum animaduertitur, copiae dissipantur milites segre- gantur, omnia ad vim prohibendam comparantur. Audiamus legem Ger- manicam §. 15. R. I. de a. 1570. expressam. Da aber einiger Oberster 2c. 2c. oder Befehls-Mann, ehe und bevor Er solche Anzeig Uns und den Crenß-Obersten Zu- und Nachgeordneten, neben der Versprechniß und Lei- stung der Caution, gethan, Kriegs-Leut heimlich oder öffentlich frembden Potentaten zu werben und in Anzug zu bringen sich unterstehen würde, soll derselbig nicht allein mit der That, ohne weitere Erklärung, in der Acht seyn, sondern auch alsbald in Bestrickung genommen, ihm seine Werbung niedergeleget, das Kriegs-Volk, da es allbereit fürhanden, getrennet, und sonsten weiters, was des Reichs Execution in solchen Fällen vermag, für- genommen werden. Eadem pœna illi, qui dissimulato auctore, unter blin- den Rahmen, ausi sunt, copias in Germania conscribere, tanquam fractæ pacis publicæ rei & hostes patriæ tenentur, R. I. Vormatiensi d. a. 1564. §. 5. Neque illud nouum, cum & MARCIANVS l. 3. D. ad L. Iul. Mai. illum capite punire doceat, qui iniussu principis delectum habuit, aut ex- ercitus comparauit. Præterea privati, qui inuitos ciues rapiunt, crimine plagii, & fractæ pacis publicæ se polluant, exteri principes pro hostibus habentur.

§. XI.

Accepisti, quo iure apud Germanos exteris priuata *auxilia* parentur. *Germani qui*
 Nunc de ipso *iure militum*, qui in castra exterorum concesserunt, atque ab ^{apud exte-}
 illis in numerum relati sunt, operæ pretium est, vt videamus. Sed *Germa-* ^{ros militante}
nis quidem ad tuendam nominis gloriam accommodatius visum est, si ci- ^{legibus no-}
 ues nostri, etiam apud exteros, *militaribus Germanorum legibus* obtempe- ^{stris viuunt}
 rent & viuant, nihil turpitudinis, nihil ignominiae, admittant, sed virtutis ^{pro vo-}
 famam, a maioribus acceptam, pulchris facinoribus refineant atque ad ^{luntarie ab-}
 posteros propagent. ^{sensibus ha-}
 Hac enim lege generaliter Germani milites tenentur.

art. 218. der Reuter-Bestallung, de a. 1570. Daß das teutsche Kriegs-Volk,
 und alle desselben Obersten und Befehligs-Haber bey frembden Potenta-
 ten und in ihren Kriegs-Diensten sich unser und des Reichs auffgerichteten
 Bestallung und Reuter-Rechten, auch Articuls-Brieffen, so viel das
 Kriegs-Regiment und Ordnung belanget, gemäß zu verhalten, schuldig
 und pflichtig seyn sollen. Quæ res, vt diligentius custodiretur, placuit,
 in duces & gregarios, qui indignius quid in militia admiserint, quamuis im-
 puniti ad nos reuertantur, etiam ex officio inquiri, & ex *iure Germanorum*
militari in illos animaduerti, art. 219. Der Reuter-Bestall. Da ein
 Oberster und ingemein alle Kriegs-Leut bey frembden Potentaten und
 in ihren Kriegs-Diensten seßiger Bestallung, Reuter-Rechten, und Arti-
 culs-Brieffen, so viel das Kriegs-Regiment und Ordnung betrifft zuwie-
 der thäten, oder in andere Wege sich ihrer Ehren vergessen 2c. 2c. ob sie
 gleich an demselbigen ungestraft entkommen, so sollen sie doch vor ihrer or-
 dentlichen Obrigkeit gerechtfertiget 2c. 2c. auch vermöge Unser und des R.,
 Reichs-Bestallung, Reuter-Rechtens und Articuls-Brieffe gegen den
 Verwürcker zu gebührlicher Straffe procediret und verfahren werden 2c. 2c.

Præterea nemo dubitet, illos *iura ciuitatis* in patria, quamuis in ex-
 terorum castris & militia versentur, retinere: quandoquidem etiam PRO-
 CULVS l. 7. pr. D. de captiu. & postlim. reuers. ait, non indigere postli-
 minio, qui apud liberos populos & *amicos* nostros aliquamdiu versentur: &
 præterea voluntaria illa *auxilia* magis commodata exteris, quam vendita,
 adeoque magis nostri, quam exterorum milites, videntur. Sed *reipublicæ*
caussa absens tamen non videtur, qui, quamuis bona Germanorum princi-
 pum cum venia, sua se *voluntate* passus est in *externam militiam* referri.
 Alia enim est ratio illorum, qui nostra cum *venia*, quam, qui nostro *iussu*,
 discesserunt. Enimuero illi, quibus *permissum* est, vt in exterorum castris
 virtutem experiri possint, non dissimiles sunt militi, qui in *commeatu* agit,
 & veniam protectionis impetrauit. Sed VLPIANVS l. 1. D. de re milit.
 negat, *reipublicæ causâ* militem *abesse*, qui in *commeatu* agat. Item IAU-
 VOLENS l. 34. pr. D. ex q. c. mai. militem, qui, *commeatu* accepto, id est,
Fasc. IV. S cum

cum nostra *venia*, dimissus, discesserit, reipublicæ causa abesse negat. Et generaliter, qui sui lucri aut compendii causa abierunt, reipublicæ causa abesse non videntur. Sed, qui *publicis auspiciis* a principe exteris subsidio mittuntur, nemo dubitat, quin & necessario, & propter rempublicam, abesse videantur.

§. XII.

Anxilia necessaria ex foedere inæquali inprimis.

Satis credo exposuimus de voluntariis auxiliis, quæ priuata magis appellari possunt, quia bona quidem cum *venia* reipublicæ, sed *non publicis auspiciis* mittuntur. Restat ut de *necessariis auxiliis* tradamus. Illa fere sunt, quæ *ex foedere publico* debentur. Constat enim, *pactionem*, quamuis libera utriusque partis voluntate fiat, tamen utrumque contrahentem *necessitate* aliqua promissi officii obstringere, ne alterutra, inani spe delusa, partis deficientis culpa, in damnum & periculum inducatur. Sed de foederum *conditionibus diuersis* alii cum cura tradiderunt. Nos quædam duntaxat monebimus, in transcurso, ut illa, quæ de auxiliis dicenda sunt, commodius, intelligantur.

Plerumque quidem *societas* & *foedus æquationem iuris* videntur continere. Illud Latini Romanis obiecerunt, ut *foedus* esse, *societatem æquationem iuris* esse, reminiscerentur. ^{o)} Sed pauci quidem *æquo foedere* in Romanorum amicitiam venerunt. Plerumque enim adiecerunt, ut foederatus populus *in ditione* populi Romani esset; aut certe, quod PROCVLVVS ait l. 7. §. 1. D. *de captiu. & postlim. reuers.* ut is populus alterius populi *maiestatem comiter seruaret*, aut imperium maiestatemque P. R. conseruaret sine dolo malo. Sic Romanis cum gente Aetolorum, teste LIVIO ^{p)} conuenit. Hoc enim pacto, quod PROCVLVVS d. l. 7. monuit, indicatur, alterum populum superiorem esse, quamuis salua utriusque libertate. Igitur gentes vel *æquo* vel *inæquali foedere* amicitiam contrahunt.

Sed his quidem certe, qui in ditione populi Romani essent, *imperari auxilia* solebant, cum victi & subiecti victorum voluntati & imperio *debeant* obtemperare. Eo etiam iure in Latinos utebantur. L. QVINTIVS certe sociis & nomini Latino *militēs imperauerat*, quos cum consule in prouinciam ire oportebat. ^{q)} Diserte POLYBIVS ^{r)} consules sociorum, in Italia, ciuitatibus, ex quibus *auxilia* desiderent, *παράγγελλεν*, *denunciare*, ait, quo numero, ad quod tempus, in quem locum, *auxilia* mittantur. Quapropter Britannii, apud TACITVM, ^{s)} queruntur, abstrahi liberos, *iniungi* delectus, tanquam mori pro patria tantum nescientibus. *Thraces* certe, cum *patri delectus* & validissimum quemque militiæ Romanæ dare aspernarentur, Romani armis coercere inuitos laborarunt. ^{t)} CAESAR etiam trans Rhenum in Germania, ab illis ciuitatibus, quas ipse armis antea placauerat equites *accessit*,

^{o)} LIV. VIII. 4.

^{p)} Id. 38. 11.

^{q)} Id. 36. 3.

^{r)} POLYB. VI. p. 468.

^{s)} TACIT. in vita Agric. c. 15.

^{t)} Id. annal. IV. 46.

cerfuit, quorum opera aduersus hostes vteretur. ⁿ⁾ Vt intelligatur, illos, qui subiecti populo Romano essent, iussu reipublicæ ad mittenda auxilia obstringi. A populis liberis peti, impetrari, comparari auxilia solebant.

Sed in S. R. imperio imperator ab ordinibus subinde, tanquam caput imperii a membris, in bello imperii solenni, aduersus illos, qui hostes iudicati essent, auxilia, necessaria in comitiis impetrat; modo bellum consensu omnium ordinum in comitiis decretum, aut, in casu necessitatis communicato cum principibus electoribus consilio, illorumque adhibito consensu, fuerit susceptum. art. VIII. instr. P. Vestph. §. 2. capitul. Carol. VI. art. IV. §. Wir wollen und sollen auch &c. Quo facto totus exercitus imperatori & S. R. imperio iurisiurandi vinculo obstringitur, so wohl das ganze Kriegs-Heer in Unßere und des Reichs Pflichten genommen werden soll. Sed de his auxiliis alii diligenter tractauerunt: ^{x)} hoc autem loco illa persequi, quæ ab aliis obseruata sunt, non est nostri instituti: ordines enim in bello imperii non tam auxilia præstare, quam hostem potius communis patriæ coniunctis viribus profligare, atque copiis suis exercitum imperii totius instruere, tenentur. Vnum non superuacuum fuerit monere: auxilia ab ordinibus ad defensionem patriæ comparata, non facile extra imperii fines deduci, nec bellis externis adhiberi posse, sine comitali ordinum consensu; illud enim Iosephus imperator art. XV. capit. Ioseph. principibus electoribus promisit: Wir gereden und versprechen auch, wenn ins künfftige auf vorgehabten Rath mit denen sieben Chur-Fürsten, und deren darauf gefolgter Bewilligung und Consens, die Nothdurfft erfordern würde, daß Wir zu des Reichs Defension einige Kriegs-Kölcker werben solten, dieselbe ohne Chur-Fürsten, Fürsten und Stände Vorwissen und Bewilligung außserhalb des Reichs nicht führen, sondern zu desselben Defension, und Rettung der bedrängten Stände, gebrauchen und anwenden zu lassen.

§. XIII.

Actum igitur de his, qui ex inæquali foedere ad mittenda auxilia tenentur. Sed æquo quidem foedere de auxiliis mittendis, inter liberas gentes, nullo ciuili vinculo inter se connexas, amicitia contrahitur; vt, in periculis, aduersus vim ingruentem & machinationes hostium, coniunctis viribus vtantur. Quod officium quousque porrigatur ex formula cuiusque foederis, partium libero consensu definita, æstimatur. Itaque vix refert, de diuersis speciebus foederum æqualium hoc loco disputare: non enim de iure foederum socialium, sed de iure militis auxiliarii, ex formula socialis foederis submissi, præcipue tractamus. Sed, vt de hoc rectius fiat iudicium, attinet, quasdam species digito & in transcurso indicare. A ple-
risque

Auxilia ex
foedere æ-
quali.

Fœdera so-
cialia impe-
ratoris cum
exteris.

S 2

ⁿ⁾ CÆSAR bell. Gall. VII. c. 65.

^{x)} vid. MASCOR. de bello imperii solenni.

HENNIGES ad capit. Ioseph. art. XV. n. b. Europäischer Herold, T. I. p. 933 lqq.

risque in *generalia* & *specialia* subinde diuiduntur. Illa dicimus, cum conuenit, vt *uterque populus eosdem hostes* habeat, & arma in illos ferat, *pariterque bellum administret*. Est apud LIVIVM 1) formula foederis eiusmodi, quod Romani cum Aetolis pepigerunt. GROTIUS quidem arguitur & dubitat, vtrum haec foedera etiam *ad iniusta bella* vtriusque gentis commode trahantur. 2) Sed certius est, gentes de iustitia factorum alterius gentis liberae sententiam dicere vix posse, nisi *manifesta iniuria* appareat. Hoc enim si liceret, nunquam non inuenirentur probabiles fortasse causae, propter quas socius socio, pessimo exemplo, auxilia submittere tergiuersaretur. *Specialia* foedera de certis duntaxat bellis, communi consilio & sociali exercitu, administrandis, ineuntur. Vtraque vel *infinita* vel *definita* esse constat. In illis consilium ex re capitur, & numerus auxiliorum, ex grauitate periculi & necessitate praesenti, aestimatur: in his de certo numero conuenit. Porro in *mutua* seu reciproca, & *unilateralia* ab interpretibus diuiduntur. In his altera duntaxat alteri se subsidio venturam, in illis, vtraque se alterius causam & necessitates subleuaturam, spondet.

Imperator Germanorum, quantum ad terras eius hereditarias attinet, iure foederum & libertate iuris gentium vtitur: sed operam se daturum promisit, ne quid per illam occasionem Germania detrimenti capiat, aut ne quid fiat, quo instrumentum pacis conuellatur, art. VI. *Capit. nouiss.* Wenn Wir auch inskünfftige Unserer eigenen Lande halber einige Bündniß machen würden, so soll solches anderer Gestalt nicht geschehen, als unbeschädiget des Reichs, und des Inhalt des instrumenti pacis. Item alio loco generaliter se exteris auxilia non daturum spondet, ex quibus aliquid periculi ad Germanos peruenire posse videatur, art. IV. §. Wir sollen und wollen 2c. *Capit. Carol. VI.* weniger das Reich in frembde Kriege impliciren, sondern Uns aller *Assistenz*, daraus dem Reich Gefahr und Schaden entstehet, gänzlich enthalten. Quandoque etiam, cum bellum aduersus Turcas apparerent, ordinibus in comitiis imperatores indicarunt, se *cum exteris*, si possent, societatem coituros. Illud enim a *Ferdinando* in R. I. de a. 1529. §. 26. a *Rudolpho* II. in R. I. Ratisbonensi de a. 1603. a *Matthia* in R. I. Ratisb. de a. 1613. §. 5. factum esse obseruamus.

Sed in foederibus, quae ad S. R. imperium pertinent, & nomine eius ineuntur, ius liberi suffragii ordinibus imperii in instr. Pac. Vestph. art. VII. §. 2. sollicitè conseruatum. „Gaudeant sine contradictione iure suffragii in omnibus deliberationibus etc. Vbi pax aut foedera facienda etc. nihil horum; aut quidquam simile, fiat & admittatur, nisi ad comitali liberoque omnium imperii statuum suffragio & consensu.“ Imo iam olim *Maximilianus* in R. I. *Vormatiensi* de a. 1495. tit. 5. cauit ordinibus

1) LIV. 38. II.

2) GROT. II. 25. 3. 4.

bus, sc. foedus non facturum esse, Wir sollen auch ohne Wissen und Willen der jährlichen Versammlung kein Bündniß noch Einigung mit frembden Nationen und Gewalten machen, die dem Reiche zu Schaden, Nachtheil, oder zuwider seyn möchten. Sed explicatius cum Carolo V. ordines pacti sunt, ne *auxilia* exterorum in terras imperii inducat, art. XI. *capit. Carol. V.* Noch einig frembd Kriegs-Volck ins Reich führen, ohne Vorwissen, Rath und Bewilligung der Reichs-Stände, zum wenigsten der sechs Churfürsten. Ad quam legem fanciendam quid Germanos permouerit, SLEIDANVS ^{a)} & SABINVS ^{b)} docuerunt. Eadem fere formula imperatores posteri se obstrinxerunt. In capit. Caroli VI. art. 6. diligentius definitum, ipsum, in casu necessitatis: aut vtilitatis insignis, si res moram omnino non admittat, subinde, in fœderibus iungendis, interim principum *electorum* consensu, nec tamen a singulis elicitio, sed in collegii electoralis conuentu ab vniuersis declarato, vsurum esse, donec comitia institui & ab omnibus ordinibus de illa re deliberari possit, da aber publica salus & vtilitas eine mehrere Beschleunigung erforderte, da sollen und wollen Wir aller Churfürsten sämtliche Einwilligung zu gelegener Zeit und Wahlstatt, und zwar auf einer Collegial Zusammenkunft, und nicht durch absonderliche Erklärung, biß man zu einer gemeinen Reichs-Versammlung kommen kan, wie sonst in allen andern des Reichs Sicherheit concernirenden Sachen, also auch in dieser, erlangen; Si tamen ipse imperator, ab hostibus patriæ, imperii causa, vim repentinam passus fuerit; placuit, illum *quibuscunque auxiliis*, imperio non periculosis, ad illam repellendam vti posse, *capit. Caroli VI. art. 4. §.* Wir sollen 2c. 2c. circa finem. Wo wir aber des Reichs wegen angegriffen würden, mögen Wir Uns aller dem Reiche unnachtheiliger Hülffe gebrauchen 2c. 2c.

De ordinibus imperii nemo dubitat, quin recte *foedus sociale*, inter se & cum exteris, *de auxiliis mittendis*, vel accipiendis, saluis tamen pacis publicae & Westphalicae legibus, saluo iureiurando, quo imperatori & S. R. imperio obstringuntur, contrahant: modo nihil patria communis ex re incommodi sentiat. Illud & art. 8. Pac. Vestph. & art 6. *capit. Caroli. VI.* definitum, Daß auch die von frembden Potentaten begehrende Hülffe also, und nicht anders, gethan sey, noch begehret werde, dann daß dadurch dem Reich keine Gefahr zuwachsen möge.

§. XIII.

Ceterum, vt supra diximus, ex *formula foederis* constituendum est, Numerus auid focii fociiis præstare teneantur. Plerumque vero de *numero auxilio. xiliorum.* *rum* conuenit inter foederatos. Qui, quamuis vtrique in foedere definitus

S 3

fit;

^{a)} SLEID. L. I. de stat. imp. & reipubl. p. 17.

^{b)} SABIN. hist. elect. & Coron.

Caroli V. apud Goldastum in polit. imper. P. I. tr. 7. p. 129.

fit; solent tamen partes casus repentinos, & *pericula impronisa* excipere: ut numerus *pro re nata* augeatur. Illud electoribus & principibus quorundam circulatorum S. R. I. in vnione a. 1658. contracta, § VI. sub finem, c) placuit, ut, quamuis numerum constituisent, tamen, communi consilio, in magnis necessitatibus, subinde maior multitudo submitatur: Auch auff dem Fall, die andringende Gefahr einen größern *Succurs* erfordern sollte, man sich, nach erwognen Umständen, entschliessen wolle, ob und wie derselbe, nach erstbemeldter *Proportion*, zu vergrößern. Romani quidem sociis, quos *inæquali* foedere sibi coniunxerant, *imperabant numerum*, quem mitti oporteret: uti res & necessitas suadere videbatur. Hoc LIVIUS d) & POLYBIUS e) observant. Illud tamen, postquam a Celtiberis in Hispania deserti, illaque prodicione in magnum periculum adducti erant, exemplo didicerunt, cauendum esse Romanis ducibus, ne ita crederent *externis auxiliis*, ut non plus sui roboris suarumque proprie virium in castris haberent. f) VEGETIVS certe g) illam rationem servatam esse, ait, ne vnquam *amplior* multitudo *sociorum auxiliariumque* esset in castris, quam civium Romanorum. Sed expeditum est, deceptum esse VEGETIVM in illo argumento. Nullam enim necessitates bellorum legem admiserunt. Constat, saepius exercitum Romanum duas aut tres partes auxiliorum habuisse. Illud inprimis, in Carthaginiensi bello h) & aliis interdum i) vsu venit. Cæsar se subinde *magnum numerum* auxiliorum ex finitimis ciuitatibus coegisse, k) ait, illamque rem sibi & populo R. prosperrime euenisse. Sed aliquando, contractis legionibus, & *modica* auxiliorum manu, feliciter pugnatum; quod *Agricolæ* accidisse, TACITVS testatur. l) POLYBIUS plerumque Romanos *peditum* numerum *parem* Romanis legionibus, sed æquum *duplo maiorem*, a sociis accepisse, ait. m) Sed, ut dixi, res, ut opportunitas, & caussa postulauit, varie administrata.

§. XV.

*Expeditio-
nes auxilio-
rum & quo
loco illa in
acie consti-
tuantur.*

Auxilia igitur, pro modo periculi & vsu belli, comparantur. Ducis est arbitrium, *quo loco* illis uti, *quibus necessitatibus* administrandis adhibere, velit militem auxiliarem. Interdum tamen pactione efficitur, ne quouis in loco militent, aut in quodlibet periculum coniciantur, auxiliares copiae ab exteris acceptae. *Heluetii* plerumque stipulari solent, ne facile *distrahantur* ipsorum copiae, sed ut in eodem loco omnes dimicent: aut certe milites singuli a cohorte, cui quilibet adscriptus est, in præsidiis in primis, ne diuellantur. Ita inter ipsos & Venetorum rempubl. an. 1706.

§. 6.

c) in corp. iur. milit. LVNIGII p. 390. d) LIV. l. 36. c. 3. e) POLYB. l. VI. p. 468.
f) LIV. l. 25. 33. g) VEGET. III. l. f. h) LIV. l. 30. c. 5. i) Id. 37.
c. 50. & l. 3. c. 5. k) CAES. bell. G. VI. c. 43. l) TACIT. in vita Agric.
c. 18. m) POLYB. l. VI. p. 471.

§. 6. publica sponfione interposita, conuenit. ⁿ⁾ Wenn ein Feld-Lager formiret wird, mögen die Regimente, nach heutiger Kriegs-Manier, in Bataillons zwar wohlgetheilet werden. So aber der beyden Stände Volk in Besatzung und Schlösser gelegt würde, könnten denn die Regimente wohl in Compagnien zertheilet, die Soldaten aber von ihren Compagnien nicht gesondert werden, sondern sollen beyammen bleiben. Inprimis, ne foederati in *oppugnationibus*, aut expeditione *maritima*, auxiliariis Helueticorum copiis utantur, cauere solent. Ita enim in *eodem* foedere, §. 2. stipulati sunt. Und soll vorbemeldter Stände Volk weder zu Stürmen, noch auff dem Meer zu kriegen, nicht schuldig seyn. ^{o)} Item *catholici Helueticorum* ordines in foedere a. 1715. cum rege *Gallorum* facto, §. 4. *maritimam* expeditionem expresse exceperunt. Die Schweizerischen Truppen sollen auch nicht zu Wasser, sondern zu Lande, können gebraucht werden. ^{p)} Sed hoc quidem durum atque cum incommodo coniunctum, auxiliares copias non ad quemcunque casum in ducis esse potestate. Vtilius & æquitati conuenientius in foedere sociali inter *Russos Suecosque* an. 1724. inito d. 22. Febr. ^{q)} §. 11. definitum, vt *par iustusque* ex *utriusque* partis exercitu *numerus* expeditionibus periculosis & belli laboribus, adhibeatur. Damit auch die Auxiliair-Truppen nicht mehr, als die andern, bey denen Kriegs-Operationen, oder sonst fatigiret, und exponiret, sondern zwischen selbigen eine vollkommene æqualität observiret werden möge, So soll der en Chef commandirende General gehalten seyn, bey allen Commandirungen eine billige und genaue Proportion derselben, nach der Stärke der ganzen Armee, in Acht zu nehmen. Cetera, prout commodum videtur, auxiliis imperantur.

Apud Romanos, si *VEGETIVM* audiamus, ^{r)} auxilia, vt *levis armatura*, quod supra diximus, exercitui adiungebantur. *LIVIVS*, ^{s)} *singulis legionibus* subinde *adiuncta* esse externa auxilia, obseruat: quia diuisa magis, quam inter se coniuncta, vsui futura esse videbantur. Ex *TACITO* etiam ^{t)} supra monuimus, *Bataurorum cohortes XIV. legioni*, auxiliorum loco, adiectas esse, vt perpetuo cum illa legione militarent. Plerumque tamen in illum *locum*, qui ipsorum ingenio & *virtuti* maxime *conuenire* visus erat, mittebantur. Illud enim ducis prudentiae relictum. *CAESAR* aliquando in *summo iugo montis* auxilia collocauit, ^{u)} & legiones auxiliis subiunxit. Cum alia esset opportunitas, auxilia in *mediam aciem* coniecit: ^{x)} quod fere etiam *Agricolæ*, in *Britannia*, placuit, qui *peditum* auxilia in *media acie* collocauit, equites cornubus affudit. ^{y)} *LIVIVS* tamen monet, in consulum exer-

ⁿ⁾ apud *SCHMAUSS.* in corp. iuris gent. T. II. pag. 1187.

^{o)} Ib. pag. 1106.

^{p)} Ibid. p. 1499.

^{q)} Ibid. l. c. p. 1973.

^{r)} *VEG.* II. 2.

^{s)} *LIV.* 27.

c. 8. f.

^{t)} *TACIT.* hist. l. 59. IV. 62.

^{u)} *CAES.* b. G. I. 24.

^{x)} Id.

b. Gall. III. 24.

^{y)} *TAC.* in vita Agric. c. 35.

exercitu interdum *alas sociorum* in *prima acie* pugnasse. *z)* Quandoque auxiliares, si in illis spes magna haberetur, *extra ordinem* in acie locati, ut conspectior illorum virtus esset. *a)* Imo vero, si raptim, & cum impetu, res administraretur, auxilia sibi ipsis locum elegerunt. *b)* Adeo frustra laborant, qui in tanta varietate, *certum & perpetuum locum*, in Romano exercitu & acie, auxiliis assignant.

Sed, uti de *loco* in acie, ita de *expeditione*, in quam mittenda erant auxilia, nihil certi affirmare ausim. CAESAR enim *auxiliis* modo ad *insequendum* *c)* modo ad *pugnandum*, modo ad *castra munienda*, *d)* modo, si ipsis diffideret, ad *speciem* atque opinionem *pugnantium praebandam* *e)* usus est. POLYBIUS, ex omni coetu sociorum, tertiam partem equitum, & quintam peditum ad *praesidium* consulum delectam esse, ait, quae extraordinariae *cohortes* dicebantur: Ceteram multitudinem, in duas partes distributam, quarum altera, sinistra, altera, dextra *ala*, appellaretur. *f)* Sed, ut dixi, illud non semper observatum.

Muneribus, tamen obeundis rarius adhibebantur. Hernicos certe *operum militarium* *inimunes* esse placuit, *g)* ut in vnum pugnae locum reservati, plus pro virili parte annitendum esse, scirent. CAESAR etiam observat, *auxiliarium* corpora *insueta* fuisse ad onera portanda. *h)* Et generatim VEGETIVS, *minorem* in auxiliis *sudorem* esse, dicit: *i)* hinc plurimos in auxiliis militare maluisse. Erant enim *militaria munera*, quae, ut VARRO docet, *k)* *muniendi* causa fiebant, ut: lapides cespitesque comportare, aut aggerem facere cum magno labore & incommodo coniuncta, ut, nisi ab adfuetis, vix administrari posse viderentur. Quare MODESTINVS l. 3. §. I. de re milit. *munerum indictionem* inter militum *poenas* retulit, qua praefecti ad coercendos immorigeros, utantur. Sed illis quidem sustinendis Romanorum corpora longa exercitatione assuefacta; donec & ipsi, luxu & voluptatibus effoeminati, laborem defugere coeperunt.

Non his inuentus orta parentibus
Infecit equor sanguine Punico,
Pyrrhumque & ingentem cecidit
Antiochum, Hannibalemque dirum;
Sed rusticorum mascula militum
Proles, Sabellis docta ligonibus
Versare glebas, & recisos
Matris ad arbitrium seueræ
Portare fustes. *l)*

Con

z) LIV. 35. c. 5. & 31. 25. *a)* Id. 7. c. 7. *b)* TACIT. hist. III. 22. *c)* CAES.
bell. G. VIII. 5. *d)* Id. b. ciu. III. 93. *e)* Id. b. G. 25. *f)* POLYB.
L. VI. p. 472. *g)* LIV. 7. c. 7. *h)* CAES. bell. ciu. I. 78. *i)* VEGET.
II. 3. *k)* VARRO de l. lat. IV. p. 42. *l)* HORAT. III. od. 6. v. 34.

Contra *auxiliares*, plerumque rudes rerum omnium, in castra veniebant, ut adhiberi operibus non possent. Interdum tamen illud aliter observatum est. Caesar enim *Rhemorum* auxilia *fungendis muneribus* adhibuit. ^{m)} Aliquando lapides & tela subministrarunt, cespites comportarunt, aggerem fecerunt, ⁿ⁾ fossas compleverunt: ut non semper, neque ab omnibus *muneribus*, vacationem habuisse videantur.

§. XVI.

Igitur in bello *auxiliares copiae*, nisi aliter convenit, iussa accipere, & *Duces auxili-*
imperata, sine discrimine negotii, *facere* tenentur. Sed, quid in praelio & *litorum.*
expeditione cuius parti suscipiendum sit, *a supremo duce coniuncti* & sociati
exercitus imperari solet. Apud gentes moratas quidem ille, cui auxilia, ex
unilateralis foedere, mittuntur, & cuius auspiciis bellum suscipitur, solet exer-
citui uniuerso, ex suis copiis & externis auxiliis, collecto, *ducem* communem
praeficere, *cum suprema potestate*. Sed in *bilateralibus* & *reciprocis*, pla-
cuit, *ducem communem* utrique exercitui ab illo praefici, *in cuius terri-*
torio, aut propter cuius commoda, bellum maxime administratur: quod
habet rationem, cum naturae sit conveniens, reliquos illius, cuius maxime
interest, obtemperare voluntati. Sed *consilia* inter utriusque exercitus duces,
si quid praeter spem incidat, antea communicantur. Si in *tertio loco*, qui
ad neutrum foederatorum pertineat, utriusque copiae consistent, ille inter-
dum praeesse solet exercitui, qui inter duces utriusque partis *dignitate*, aut
numero stipendiorum, ducem sociorum antecellat. Illud enim aequalitas iu-
rium utriusque gentis suadet. Inter pares enim nulla alia praerogativa, pro-
pter quam alius alii praeferrari possit. Igitur solent foederati ante expeditio-
nem alter alteri indicare, quo, & cuius dignitatis, duce, in suo exercitu,
sit usus. Res luculentius ex recentioribus foederibus apparebit. Ita certe
Helvetii suos milites in foedere cum *Venetis* a. 1706. inito ^{o)} §. 7. Veneto-
rum duci in expeditione & praesidiis subiecerunt. Der Oberste und die Haupt-
leute sollen im Felde, in Kriegs-Sachen, zu gehorsamen schuldig seyn der
Herrschaft General-Obersten etc. Aber in denen Besatzungen sollen die Sol-
daten dem Gubernatorn gehorsamen, wie bey der Durchlauchtigen Herr-
schaft bräuchlich. Idem & in foedere *regis M. Britanniae* & *ordin. Batav.*
general. a. 1678. placuit, ut is, cui auxilia mittuntur, exercitui sociali im-
perare possit. Ita enim art. III. separato: Le secours, qui sera-envoyé, sera
entièrement soumis au commandement & ordre de celui, auquel il sera en-
voyé. ^{p)} Non secus in foedere *unilateralis* inter *regem M. Britanniae* &
ducem Hasso-Cassellanum de a. 1726. art. V. convenit, ut auxilia *regis M.*
Brit-

^{m)} CÆS. b. Gall. VIII 12. 3.
iur. gent. T. II. p. 1187.

Fasc. IV.

ⁿ⁾ Id. III. 25.

^{p)} Ibid. T. I. p. 1015.

^{o)} apud SCHMAUSS. corp.

Britanniae imperio regantur. Lorsque les dits troupes entreront au service de S. M. le Roy de la G. Bretagne, elles seront sous son commandement, & entierement a sa disposition etc. ^{q)} In eandem fere sententiam *Russi cum Suecis* in foedere de 22. Febr. 1724. inito, eoque *reciproco*, sed speciali §. 9. & 10. inter se pacti sunt. Das General Commando im Felde und andern Kriegs-Operationen gehöret ohnstreitig demjenigen, welchem der *Requirit* dasselbige aufgetragen, jedoch dergestalt, daß nichts Hauptsächliches vorgenommen werde, ohne daß die Sache vorher im Kriegs-Rath, und in Beyseyn des von dem requirirten Theil geschickten Generals, überleget und resolviret worden. Damit auch wegen des Characters bey Commandirungen kein Miß-verstand entstehen möge, so soll der requirirende Theil bey Zeiten anzeigen, was er für einen Chef zum General-Commando gebrauchen wolle, damit *Requisitus* den Character desjenigen, der die Hülffs-Trouppen commandiren soll, darnach einrichten und proportioniren möge. ^{r)} Optime res illa in *unione quorundam pr. electorum* de a. 1658. §. 13. definita; ^{s)} So soll der Chur-Fürst, oder Fürst, in dessen Landen die zusammen geführten Defensions-Völker stehen, oder dessen General, das Ober-Commando haben. Item §. 10. & 11. Daß derjenige Landes-Fürst, welchem die Hülffe geleistet wird, und so lange in dessen Landen agiret wird, Ober-Commando oder Generalat, bey den *militaribus actionibus*, mit Zuziehung des Kriegs-Raths, führen oder an seine Stelle ein qualificirtes Haupt verordnen soll. Wenn in loco tertio agiret wird, soll derjenige Chur- oder Fürst, aus dessen Landen man gehet, das Ober-Commando so lange führen, bis die coniungirte Völker wieder in ihre Lande kommen. Im Fall auch die assistirende Stände die Völker aus ihren eignen Landen in locum tertium zusammen schicken, soll der höhere und in der Charge ältere Officier, mit Zuziehung der Rätthe, das Directorium führen. Sed haec talia, vti partibus visum est, varie definiuntur. Aliquando etiam placuit, vt auxilia, illi principi, cui submittantur, *iureiurando* obligentur. Ita inter *Heluetios* Catholicos, & statum *Mediolanensem* a. 1634. in formula foederis §. 9. conuenit. ^{t)} Sed frequentius illud in foederibus *unilateralibus*, aut inæqualibus, vsu venit. Romanorum quidem auxiliares copias ab ipsis ciuitatibus, a quibus mittebantur, *iureiurando* obligatas esse, *POLYBIUS* testatur. ^{u)} Sed *LIPSIVS* *auxilia* Romanis non iurasse, tradit. ^{x)} Certe tamen posterioribus temporibus, teste *VEGETIO* ^{y)} sacramenta in auxiliis præstabantur. Ceterum Romano consuli in expeditionibus & *socii* & *auxilia* parebant. Neque potuisset vaga multitudo coer-

^{q)} apud *SCHMAUSS.* l.c. p. 2018.

^{r)} Ibid. p. 1973.

^{s)} corp. iur. milit.

LUNIG. p. 391.

^{t)} apud *SCHMAUSS.* corp. iur. gent. p. 499.

^{u)} *POLYB.*

hist. IV. p. 468.

^{x)} *LIPS.* de re milit. dial. 7. p. 46.

^{y)} *VEGET.*

II. 2.

coerceri, nisi vnius imperio obtemperasset. *Thraces* fere soli, si mitterent auxilia, suos *ductores* præficere, nec permisceri aliis nationibus, volebant. Sed, teste *TACITO*, 2) Romanis ad officium reducti sunt,

§. XVII.

Romanorum quidem socii *præfectos* a suis ciuitatibus accipiebant: *Præfecti & quos LIVIUS a) prætores* sociorum appellauit. *POLYBIUS* etiam *quæ-magistratus* *stores* illis adiunctos esse, ait. b) Inter liberas gentes fere obtinuit, vt *auxilia* in causis priuatis, & quæ non ad administrationem totius belli pertinent, *suis propriis magistratibus* regantur, atque *legibus domesticis* plerumque iudicentur. *Heluetii* certe hoc more solenni, in omni militia, vtuntur. Ita cum *Batauis* pagus *Bernensis* pactus est, a. 1714. c) „Les troupes du louable „canton auront leur propre justice, comme la nation Heluetique en jouit „par tout., Idem etiam inter *Russos & Suecos* a. 1724. §. 10. pactioe definitum est. d) Sollen die Auxiliär-Trouppen nach keinen andern Gesetzen, Kriegs-Articuln und Verordnungen, als ihrer Herren eigenen, und von keinen, als ihren eigenen Officiers, geurtheilet werden. *Germanis* quidem, qui apud exteros militant, ex suis legibus, & a suæ nationis centurionibus & præfectis duntaxat, ius reddi posse, supra fuit obseruatum. e) In primis sententia, a iudicio equestri, von Reuter-Rechten, more maiorum, aduersus nostros milites, qui apud exteros militant, in frembder Potentaten Diensten, legitime pronunciata, in patria etiam rata est, & ab imperatore defenditur, Reuter-Bestallung de a. 1570. §. 48. Sed & externis auxiliis, in Germanorum exercitu, idem honos haberi solet, vt suos magistratus habeant, illorumque iurisdictioni subsint. Hinc etiam de rixa, si qua forte inter nostros & auxiliares milites orta est, a iudice, cui reus subest, in exercitu cognoscitur. Alea etiam & ludendi cum auxiliariis familiaritas & consuetudo, mater rixarum & dissensionum, nostris seuerè interdicta. Reuter-Bestallung de a. 1570. art. 184. Und da mehr denn eine Nation in dieser Kriegs-Versammlung seyn solten, soll keiner mit derselben Auffruhr machen, noch sich rot-tiren, auch nicht mit ihnen spielen, damit grosser Unwillen vermieden werde, bey Leibes-Straffe: sondern, da einige Irrung oder Mangel gegen sie vorfiel, so sollen sie solches ihrer Obrigkeit anzeigen, die soll sie bey Fug und Recht handhaben. Idem etiam *electoribus* & principibus vnitis in foedere de a. 1658. §. 9. placuit. f) Wie es mit administration der Iustiz zu halten, wenn es zu der Coniunction gelanget, darüber ist folgende Abrede genommen: daß nehmlich in solchen delictis, welche der Generalität Commando und

T 2

die

2) *TAC.* annal. IV. 46. a) *LIV.* 23. c. 19. circa fin. b) *POLYB.* VI. p. 468.
c) apud *SCHMAUSS.* l. c. p. 1282. d) *Ibid.* p. 1973. e) vid. *Reuter B.*
de a. 1570. art. 216. 218. & 219. it. art. 41. f) *SCHMAUSS.* corp. iur. mil.
p. 390.

die davon dependirende Sachen nicht angehen, eines jeden Chur- und Fürsten Ober-Commendant die Iustiz, unter denen ihm untergebenen Völkern, ohne einigen Eingriff oder Verhinderung administriren solle 2c. 2c. Inter alias gentes socias aliquando visum est, mixto iudicio ex utroque exercitu, quibusdam assessoribus adscitis, controuerfiam, inter milites foederati exercitus exortam, definiri. Ita in foedere *Russo-Sueuico* de a. 1724. conuenit: g) Sollten aber zwischen Officiers oder Gemeinen des Requirerenten selbst eignen und denen Auxiliair-Trouppen einige Streitigkeiten entstehen, so sollen dieselben durch, aus beyderseits Trouppen darzu bestellte, Commissarios untersucht und geurtheilet werden 2c. 2c. Hoc quidem iure in sociali exercitu *externa* auxilia vtuntur. Sed iure Quiritium, ex ciuitatibus foederatis, rei *apud Romanos* fiebant, & in eos damnatos animaduertebatur, quod *PROCVLVVS* docet l. 7. §. 2. D. *de captiu. & postlim. reuers.* Illis igitur non semper videntur ius dicere potuisse proprii domesticique magistratus.

§. XVIII.

*Ius sacro-
rum armo-
rum simili-
tudo.*

Sed, cum, sine metu Dei immortalis, compesci in castris milites non possint, neque vera omnino virtus in ipsorum animis accendi, nisi spe diuini præsidii, in quo summum victoriae momentum versari scimus, confirmentur; non solum in primo articulo legum militarium Germaniæ, a. 1570. propositarum, vsus sacrorum atque pietatis studium ipsis solícite iniungitur: sed omnes etiam gentes, *de libertate sacrorum* militibus prospiciendum esse, intellexerunt. Quo iure autem ordinum imperii milites in exercitu imperii vtantur, admonere, non est nostri instituti, qui de *externis* maxime *auxiliis* tractamus. Sed foederati plerumque, quamuis & sine stipulatione illud merito intelligatur, solent de *usu sacrorum* suis militibus libere permittendo, inter se pacisci. Illud a. 1724. in foedere *Russo-Sueuico* diligenter cautum. Sollen die Auxiliair-Trouppen ihre eignen Priester und ihren eignen Gottesdienst frey und ungehindert haben. h) Idem, in foedere *Venetorum*, cum quibusdam *Heluetiorum* pagis a. 1706. inito §. 10. & 11. placuit, Und dann soll auch denen Feld-Predigern ihrer Nation, ohne einige Hinderniß, erlaubt seyn, die Kranken zu besuchen und zu trösten, und Niemand verwilliget werden, dieselbigen, einiger Gestalt, ihrer Religion abwendig zu machen. i) Sed vti iam dicere occupauimus, quamuis nihil conuenerit, animis militum *in sacris* omnino vis fieri non debet. Quod enim esse potest studium pugnae, aut decoris cum periculo mortis expetendi, in milite, qui timet, ne, *propter sacrorum difficultatem*, cum sanguine, etiam futurae felicitatis iacturam patiatur.

His igitur diuinis incitamentis animi militum aduersus hostem præparantur. Sed praterea *armis* opus est ad dimicandum. Olim quidem certe *legio-*

g) SCHMAUSS. corp. iur. mil. p. 1973.

h) Id. l. c. ibid.

i) Ibid. p. 1188.

giones Romanæ grauioribus armis utebantur, quod *VEGETIVS* obseruat, *k)* maxime scutis, gladiis & pilis. Contra *auxiliares*, tanquam levis armatura, *hastis & spathis*, si *TACITVM* audias, *l)* maxime pugnabant. *LIVIUS m)* tamen, & *VEGETIVS n)* testantur, plerumque *auxilia*, exercitatione & usu, ad Romanorum disciplinam instituta, atque assuefacta esse. Hodie prope modum, apud plerasque gentes moratiores, *idem usus armorum* est, eadem militaris disciplina. Interdum tamen foederatis e re esse visum, de *armis* etiam, quibus utantur auxiliarii milites, pacisci. Interdum etiam arma a requirente suppeditantur. Ita *Veneti* cum *Heluetiis* pacti sunt a. 1706. §. 9. *o)* Plerumque tamen socii suas copias, *armis propriis* instructas, mittunt, ut nihil ipsis desit ad usum militiae, & bellum in quibuscunque casibus administrandum. Ita rex *M. Britanniae* cum *ordinibus generalibus* a. 1677. *p)* art. separat. I. & *Russi* cum *Suecis* a. 1724. art. 5. *q)* pacti sunt. Atque eadem plerorumque foederum formula.

§. XIX.

Solent plerumque foederati exipere, ne in *propriis* & domesticis *necessitatibus*, quibus ipsi affligantur, ut carere milite non possint, *promissa auxilia submittere cogantur*, aut etiam, ut in repentinis casibus *reuocare* *Ius reuocandi auxilia. An sponte discedere possint.* *xilia liceat*. Imo vero, si de illa re non conuenerit, natura foederis socialis illud habet, ut quilibet suas necessitates ante omnia curare debeat: cum & ipse collapsurus sit, & socio inutilis futurus, qui primo omnium securitati suæ non prospexerit. *Heluetii* certe a *Venetis* a. 1706. §. 8. *r)* id sibi stipulati sunt, ut, si bello domestico laborent, *auxiliares copiae reuocari* possint. Im Fall beyde Stände von ihren Feinden angefochten würden, oder in anscheinender Kriegs-Gefahr wären &c. &c. so mögen beyde Stände, oder einer besonders, ihr Volk in ihren eignen Nothen zu gebrauchen, wohl abfordern &c. &c. Sed in eiusmodi quidem foederibus non illud actum esse intelligitur, ut temere & sponte, & confestim, atque iniussu supremi ducis bellici, sed, ut *communicato antea consilio*, causisque expositis, *auxilia discedant*; ne omnes belli rationes subitaneo discessu perturbentur. Hæc Celtiberorum erat leuitas, qui Romanos in Hispania, ab hostibus corrupti, deferebant, nihil aliud Romanis, causam quærentibus obtestantibusque, respondentes, quam, domestico se auocari bello. *s)* Eadem perfidia Treveri etiam aliquando, cum desperatam rem Romanam crederent, domum redierunt. *t)* Idem facinus Dumnorix ausus est, qui cum equitibus Aeduorum, insciente Cæsare, domum discedere parauit. *u)* Notum est, quas turbas dederit *HENR. LEO*, cum *FRIDERICVM I.* in Italia, flentem, atque ad genua eius procumbentem,

T 3

nihil

k) *VEGET.* II. 3.*l)* *TAC.* XII. annal. 35.*m)* *LIV.* 24. 48.*n)* *VEG.* II. 2.*o)* apud *SCHMAUSS.* l. c. p. 1187*p)* *ibid.* p. 1015.*q)* *ibid.* p. 1972.*r)* *ibid.* p. 1187.*s)* *LIV.* 25. 34.*t)* *CÆS.* b. Gall. I. 25.*u)* *ib.* V. 7.

nihil precibus, nihil obtestationibus permotus, defereret, atque ab exercitu cum suis copiis discederet. Notum etiam, quæ rerum conuersio sit subsecuta. x)

§. XX.

Stipendia auxiliorum. Sed in bellorum administratione cura quidem præcipua, ut ne quid de exercitui rerum necessariarum, quibus si milites careant, nec satis animorum habituri sint, neque ad dimicandum facultatem. Igitur de stipendiis & sumtu superest, ut videamus. Et voluntaria quidem, eaque priuata auxilia, nemo dubitat, quin stipendium ab illo accipiant, ad quem defendendum conscribuntur. Qua de causa illas copias subinde conductitias & mercenarias appellatas esse, supra est a nobis obseruatum. Idem etiam in publicis, iisque necessariis, auxiliis unilateralibus, quæ ex æquali foedere debentur, itemque in quasi publicis, obtinet, ut sumtibus requirentis auxiliarii milites alantur. Nihil enim magis habet rationem, quam, ut ad illum cura impensarum pertineat, pro cuius commodis & emolumentis militant: ita in instrumento inuestituræ Senensis a PHILIPPO II. concessæ COSMO II. Florentiæ duci, de a. 1577. conuenit. y) Inprimis Heluetii sollicite suo militi, de stipendiis a foederato exsoluendis, cauent: quod omnia illorum foedera testantur. Sed in bilateralibus & reciprocis interdum variatum: quandoquidem pars utraque eodem iure apud alterum utitur, quo ipsa alterius auxilia accepit. Igitur interdum etiam sumtibus mittentis stipendia præbentur. Foenum tamen & pabula equis plerumque ab illo exhibenda sunt, cui auxilia mittuntur: illa enim in suis terris paullo commodius subministrare potest. Ita inter regem M. Britanniae, & ordines general. art. separat. l. a. 1677. z) in foedere Russo-Sueuico de a. 1724. art. 6. a) & in foedere inuictissimi imperatoris cum augustissimo Poloniarum rege & r. M. Britanniae, a. 1719. d. 5. Iunii inito §. 3. b) conuenit. Idem etiam electoribus & principibus Germaniæ in foedere unionis a. 1658. inito placuit. c) Ita enim §. 14. pacti sunt. Es unterhält und bezahlt ein jeder allirter seine Völker. Hyberna etiam plerumque, & ut vitæ ordinario pretio redimi possit, nullo discrimine inter ciues & auxilia admissio, promittuntur. d)

Sed in foederibus inæqualibus subinde focii, qui mittunt auxilia, stipendium soluere tenentur, si illud in formula foederis promissum. Romani quidem, socios non omnino eodem iure uti patiebantur. Quædam ciuitates & militem & pecuniam mittere debebant: ideoque suos quæstores in exercitu

x) SIGON. R. Ital. L. 14. p. 327. URSBERG. chron. p. 206. vid. FABER. Staats. Geog. T. 21. p. 746. y) SCHMAUSS. l. c. p. 307. z) Ibid. l. c. p. 1105. a) Ibid. p. 1972. b) Ibid. p. 1759. c) corp. iur. milit. LUNIG. p. 391. d) vid. fœdus inter Stat. General. & Helvet. de a. 1712. art. 30. apud SCHMAUSS. p. 1283. & fœdus inter imperat. reg. Brit. & reg. Pol. de an. 1719. §. 3. ap. SCHMAUSS. p. 1759.

citu habebant. *e)* Hinc socii aliquando apud *LIVIVM* *f)* se stipendiis exhaustos, neque esse, unde militem pecuniamque darent, conqueruntur. Frumentum tamen ad ipsos a Romanis gratis deportandum erat. Sed aliis quidem, & in primis auxiliis externis, & frumentum, & stipendium, dederunt. *g)*

§. XXI.

Sed tunc demum militibus corpus vile est, & mors contemnitur, si aut *Præmia auxiliorum*, magnam gloriam vident, aut *spe* futuræ commoditatis accenduntur. Igitur, ne virtus algeat præter stipendia, *præmiis* etiam *militaribus* ad certamen laudis excitantur. Qua re *in auxiliario milite* tanto magis opus est, quanto difficilius homines aliorum necessitates, cum suo periculo, defendunt, nisi rem illam sibi fructuosam fore sperent. Sed hoc fere arbitrio ducis & victoris permittitur: qui suo se modulo meretur, & rationem liberalitatis ex re constituit. Interdum *Heluetios* copiis auxiliaribus, quas mittunt, *præmium pugnae*, *ei* *nen Schlacht-Sold*, stipulatos esse, video: si res prospere evenisset. Plerumque *duplex stipendium menstruum* paciscuntur. Ita inter ipsos & *Veneros* a. 1706. §. 5. convenit: *h)* Und so eine Schlacht beschähe, darinnen durch Gottes Hülff der Sieg erhalten würde, solle die Durchlauchtige Herrschafft Venedig den Obersten, auch allen und jeden Befehls-Leuten und gemeinen Soldaten, einen Monath Schlacht-Sold zu erlegen schuldig seyn.

Apud Romanos quidem *VEGETIVS*, *in auxiliis* minus sudoris, sed maturioria, seu, quod alii malunt, *maiora præmia* fuisse, ait. *i)* *PLINIVS* certe, *auxiliares aureis* torquibus, sed *legionarios argenteis* duntaxat donatos esse, docet; contra, *ciuibz armillas* dari solitas, quibus careant *auxiliarii*. *k)* *Prænestinis* aliquando, ob virtutem, *duplex stipendium* datum esse *LIVIVS* testatur. *l)* *CAESAR* etiam aliquando *militibus*, pro magno labore & patientia, *ducentos sesterios* donavit, *m)* nec videtur, inter legiones & auxilia discrimen admisisse. Ceterum potiori loco in castris legionarios fuisse, certum est. *POLYBIUS* observat, equitibus *sociorum minus frumenti* datum esse, quam Romanis, cum illi deterioribus equis uterentur. *n)* Supra etiam monitum fuit, ob *ciues & socios servatos* duntaxat, non ob *auxiliarem militem defensum*, coronam civicam servatori datam. *o)* Tandem cum Romæ nullum superesset discrimen dignitatis, etiam *auxiliarii* ad dignitates militares gradumque altiore promiscue admissi. *p)*

Hæc de *iure militis auxiliarii* in mentem venerunt. Venia nobis expetenda est, in difficili argumento, de quo, non memini, quenquam de industria commentatum esse. Primas enim lineas duntaxat ducere constituimus.

Con-

e) *POLYB.* L. VI. p. 483.

f) *LIV.* 27. 9.

g) *LIV.* 30. 37. & L. 35. c. 50.

h) apud *SCHMAUSS.* p. 1187.

i) *VEGET.* II. 3.

k) *PLIN.* hist. nat. 33.

2. in fin.

l) *LIV.* 23. 20.

m) *CÆS.* b. Gall. VIII. 4.

n) *POLYB.* VI.

p. 484.

o) *PLIN.* hist. nat. 16, 4.

p) vid. *SPANHEIM* in orbe Rom. p. 349.

Ceterum gratulamur ætati nostræ, quod *fides auxiliorum sociorumque* certissimis documentis haud ita pridem comprobata est, & quod illa coniunctio Germaniæ prospertime euenit. Deum precamur, vt, dum *augustissimus imperator* ad referendam gratiam accingitur, *res ex omnium bonorum voto & sententia felicissime succedat.*

XXVIII.

QUANDO
CVRATOR ABSENTIS
HEREDES AEQVE PROPINQVOS
A SVCCESIONE EXCLVDAT.

VITEMBERGAE, AD D. VI APRIL. A Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

Occasio insti-
tuti.

§. I.

*P*lerumque magis homines *spe* commoditatis *futurae*, quam *fructu praesentis voluptatis*, commouentur. Dulce enim bellum in expertis: & quanto longius ab usu rerum remoti sumus, tanto facilius decipimur specie externa, quæ nobis mirifice blanditur, & qua illa, quæ intus latent, occultantur. Ipsa vero *spes* commodi futuri non per se nobis grata est, sed quia *imaginem* quandam *boni* continet, ad quod consequendum adspiramus. Quare efficitur, vt, quod PLINIVS ait, *a)* quo proprius accesserimus *ad spem fruendi*, eo impatientius cupidiusque *rem* desideremus.

Vix tamen unquam acrius incenduntur homines cupidi, quam vbi ad *spem* proximam *hereditatis* eriguntur. Illa enim tanto efficacius animos concitat, quanto dulcius videri potest, sine iniuria, falcem immittere in messem, quam nobis aliorum industria parauit, & in qua quærenda defunctorum diligentia nos incommodo culturæ & sementis faciendæ liberavit. Igitur frequentissimæ in foro contentiones non solum de *hereditate praesenti*, sed etiam, & propemodum frequentiores, de *remota spe hereditatis*: in primis, dum de *reditu absentium*, illorumque *vita*, dubitatur. Quandoquidem enim homines, quod auidissime cupiunt, illud facillime credunt, & interdum fingunt; solet euenire, vt, si quis *diutius abfuerit*, & peregrinetur, plerumque, qui ipsi

a) PLIN. L. VI. ep. 1.

ipsi proxime sanguine coniuncti sunt, *absentis*, quasi *mortui*, bonis inhihent, &, quem nunquam rediturum sperant, eius hereditatem ad se pertinere arbitrentur. Hinc orta est *cura absentium*, introducta a Germanis, sed hodie fere usu Europæ vniuersæ frequentata, quam illi ambiunt, qui, si absentem illum *decessisse* constaret, propter sanguinis coniunctionem, ipsi *proximi heredes* essent. Malunt enim *occupare ambiguum hereditatem*, & *fructu præsentis* animum pascere, quam expectare dubios euentus. Sed, quamuis *spes* illa sit *incerta*, atque ideo *cautio* a curatoribus præstanda sit, de restituenda hereditate, si absens reuertatur; tamen, vti dixi, vehementius propemodum, maioriq; sumtu interdum, de *cura absentium*, quam de ipsa hereditate defunctorum, litigatur.

Nuper *ICtis Vitembergensibus* oblata est eiusmodi species, quæ non exiguam difficultatem habere videbatur: absens *Titius*, dum peregre abiret, *sororem* unam *Tulliam*, & ex altera *sorore*, iam tunc mortua, *duas neptes*, *Meuiam* & *Seiam*, reliquerat. Cum Titius diutius abesset, de *cura absentis*, & spe hereditatis, quærebatur. Dubio carebat, Titio, si mortuus esset, non solum sororem *Tulliam*, sed etiam neptes ex mortua sorore, *Meuiam* & *Seiam*, heredes legitimos fuisse: quandoquidem iure communi, & *Hennebergico*, ex quo lis iudicanda erat, fratrum & sororum liberi, in locum fratrum demortuorum, propter ius repræsentationis, succedunt, &, cum fratribus aut sororibus, simul ad hereditatem admittuntur. Sed *Meuia* & *Seia*, soli *Tulliæ*, absentis sorori superstiti, curam absentis permiserant, quam *Tulliæ* maritus, a magistratu confirmatus, susceperat, ideoque bona absentis, sub cautione, possidebat. Paulo post *Meuia* & *Seia* decesserant, antequam de morte absentis penitus constaret. *Meuia* filium reliquerat *Iauolenum*: *Seia* cælebs mortua patrem suum *Caium* reliquerat heredem. Iam & *Caius* & *Iauolenus* absentis *Titii* hereditatem, ex parte, sibi delatam esse, arbitrabantur, & simul, cum *Tulliæ* marito, ad curam absentis admitti, partemque bonorum sibi administrandam dari, postulabant. *ICti Lipsienses* solum *Iauolenum*, excluso *Caio*, admittendum esse censuerunt. Sed, leutatione interposita, *Vitembergenses* a iudice consulti, non solum *Caium*, sed etiam *Iauolenum* excluderunt, solumque *Tulliæ* maritum, absentis legitimum curatorem esse, arbitrati sunt.

Digna res visa est, quæ luculenta commentatione illustretur. Quod fiet commodius, si antea de *cura absentis* generatim breuiterque exponamus: deinde enim facilius erit de illa controuersia iudicium.

§. II.

Nimirum duo in primis ob stare videntur, ne hereditas *absentis*, de cuius morte nondum constat, inter legitimos eius heredes diuidatur. Primo enim superuacuum videtur, de hereditate *nondum delata* litem exercere. *Non prorsus odiosa est hereditas videntis sed*

*magnus ta-
men fauor
absentium.*

Sed constat, hereditatem non deferri, nisi *post mortem* eius, de cuius successione quæritur: quamvis dubiteretur, ne vita sit defunctus. *DIOCLETIANVS* enim & *MAXIM.* l. 3. & 4. C. *de postlim. reuers.* ius successionis tunc demum adquiri, aiunt, cum *cognoscitur*, illos esse *mortuos*, de quorum hereditate disputatur: & ne filium quidem matris hereditatem adquirere, antequam *constet*, illam mortuam fuisse. Imo vero *IUSTINIANVS* l. 30. C. *de pact.* odiosum esse censet, & *plenissimum tristissimi euentus*, si successores proximi, de *hereditate cognati viuentis* atque ignorantis, litigent, aut de *spe hereditatis* paciscantur. Præterea *PAPINIANVS* l. 29. §. 2. D. *de donat.* non solum litem de spe hereditatis damnat; sed etiam *donationem* bonorum cognatæ viuentis ipso iure nullam, donatorem vero postea hereditate indignum esse, ait, quia, *aduersus bonos mores & ius gentium*, ad hereditatem *viuentis* festinasset.

Igitur non solum *inepta & præmatura*, sed etiam *cum periculo iacturæ coniuncta*, videtur disceptatio heredum, *de successione & cura absentis*, de cuius morte nondum constat. Sed frustra *PAPINIANVS* *ius gentium & bonos mores* inuocauit, quibus hereditas viuentis eiusque occupatio intempestiua aduerfetur. Illud unum quidem *æquitas* videtur postulare, ne per illam occupationem domino viuenti aliquod incommodum omnino afferatur. Sed, si de illa re fuerit prospectum, non video, quid heredes eius, *de cuius vita iuste dubitatur*, prohibeat, quo minus bona potius inter se diuidant, quam expectent incertum & non probabilem redditum absentis. Generaliter enim naturalis ratio permittit, vt in causis dubiis, de quibus non facile certis argumentis aliquid cognosci potest, illud sequamur, quod magis ad fidem probabile esse videatur. Cur igitur heredibus hanc opportunitatem fortunæ inuidemus, si *ipsi* potius, dum res & ætas permittit absque dominorum periculo, *fruuntur bonis absentium*, quam, sine cuiusquam commodo & fructu, *curatoribus extraneis* bona, quæ probabiliter ad ipsos pertinent, administranda permittunt. Aut, quid refert, administrari bona ab extraneis, redditus multorum annorum conferri in arcam, atque annis singulis augeri, sed nemini prodelle, situ interim squalescere, & *absenti incerto* asseruari, sollicite caueri, ne quisquam aliquid attingat, omnes alios excludi, sed heredes proximos interea fame & inedia perire. Rerum natura quidem omnia non *colligendi*, sed *fructus capiendi* causa, comparauit. Hæc hominum *auarorum* est infania, nummos contemplari, acervos facere, omnia in unum conferre, nihil attingere, *propter incertos & non probabiles euentus*. Merito igitur *Germani* ceteræque gentes, quæ illos imitatæ sunt, *curam absentis*, & fructum bonorum, interim ad *heredes proximos absentis* pertinere voluerunt, si *de redditu absentis iuste dubitetur*. Nostro quidem iure, non solum *præmatura* illa successio, sed *pacta* etiam de hereditate absentis, admittuntur.

Ita

Ita haud pridem *ICti Lipsienses* responderunt: Obwohl Beklagte und Intervenienten anzuführen wissen, daß wider die Natur eines Vergleichs de re certa, besonders de hereditate tertii præsumtiue adhuc superstitis, sed in scii, acquirenda, zu Recht beständiger Weise nicht transigiret werden könne, D. a. D. dergleichen pacta adquisitiua & conseruatiua de hereditate personæ viuentis certæ, sed in scia, moribus Germaniæ, ex veriore sententia, auch inter priuatos und ohne endliche Bestärkung, vor bündig und kräftig zu halten, und hierwider die mere subsidiaria dispositio iuris Romani nicht anzuziehen &c.

Sed præter illa, quæ adhuc obseruata sunt, in primis *fauor absentium* videtur dissuadere, ne facile *heredes absentis* admittantur, priusquam de eius *morte* fuerit probatum. Enimuero illud misratio humanæ conditionis, a qua nemo alienus est, imperat, vt consulamus necessitatibus illorum, quos, suspicio est, periculo aut infortunio quodam detineri, ne ad lares patrios & fortunas suas reuertantur. *Publice enim interest*, quod *VLP IANVS* l. 33. §. 2. D. de procurator. monuit, *absentes defendi* ab iniuria, illorumque causas & fortunas intactas conseruari. Quapropter idem ille *VLP IANVS*, edictum de *negotiis gestis* necessarium esse, arbitratur: quoniam *magna utilitas absentium* in illa re versetur, ne, indefensi, rerum possessionem aut venditionem patiantur, aut iniuria rem suam amittant, l. 1. D. de negot. gest. Sed, periculum est, ne illud accidat, si bona absentium inter heredes diuidantur. Ideoque, Romano quidem iure, placuit, potius *curatorem extraneum* dari absentibus, qui idonee caueret, quam *heredes* admitti ad successionem, qui, pietatis obliti, bonis alienis cum indignitate inhiare videantur. l. 22. §. 1. D. de reb. auct. iud. possid. & l. 3. C. de postlim. reu. Sed quamuis illa ad speciem non inepte disputentur; tamen certius est, maiorem *heredum præsentium certorumque* habendam esse rationem, quam *absentis domini*, de quo *incertum* est, & iuste dubitatur, vtrum viuat, & reuerti possit ad fortunas suas. Illa esset *crudelitas* aduersus *certos* & præsentis successores, si a fructu bonorum arcerentur, propter *intempestiuam* erga *incertos* absentes *misericordiam*, quos nemo facile sperat redituros. Neque enim admittuntur curatores absentium, nisi hi *diutius abfuerint*, vt de vita ipsorum *cum ratione* dubitetur. In tanta incertitudine, sufficit, *cauere* curatores, de restituendis bonis hereditariis & fructibus bonorum, si absens aliquando reuertatur, aut appareat, hereditatem ad alios meliori iure pertinere. Satis igitur solícite absentibus consulitur a magistratu, qui omnes casus circumspicit, & etiam de reditu absentium, qui sperari vix potest, cogitat, ideoque cautionem exigit, ne illi ab heredibus aliquid detrimenti patiantur.

§. III.

*Cura absen-
tis est occu-
pacio heredi-
tatis.*

Neque igitur bonis moribus nocebit, neque habebunt absentes, de quo conquerantur, si bona ipsorum *heredibus* sub cautione committantur. Placuit enim, propter summam æquitatem, *heredes proximos*, qui *sperent probabiliter*, hereditatem sibi delatam esse illamque ad se pertinere, ad *curam absentium* admitti. Quapropter *cura absentis* praematura, sed non illicita, occupatio hereditatis, appellatur, cum *proximi* successores *absentis*, de cuius vita iuste *dubitatur*, eius bona, cautione praestita, auctoritate magistratus, nanciscuntur, *hac conditione*, ut illa restituant, *si postea appareat, hereditatem sibi non delatam* esse. Ita ANTONIO FABRO ^{b)} CARPZOVIO ^{c)} SCHILTERO ^{d)} BEYERO ^{e)} & BOEHMERO etiam, ^{f)} visum est. Igitur *pro heredibus* habentur *curatores* absentium, donec contrarium probetur: sed, sub *conditione* tamen, bonis hereditariis fruuntur. Quapropter omnino assentior SCHILTERO ^{g)} qui negat, hanc administrationem, vel *hereditatis civilis aditionem* esse, vel *bonorum possessionem praetoriam*, quorum neutra, nisi cum vere delata sit hereditas & *defuncti mors* probetur, iure Romano admitti potest. Sed illud tamen expeditum est, non *naturaliter* duntaxat bona *possideri* a curatore absentis, ut ab extraneis curatoribus bonorum, neque hanc curam *nudae detentioni* & custodiæ recte comparari, quæ auctore FLORENTINO l. 17. §. 1. D. *deposuit* administratoribus rei alienæ tribuitur; sed curatorem bona absentis *civiliter possidere*, id est, *animo rem retinendi*, & *sibi habendi*, nisi vel defunctus redeat, vel ab alio herede ius melius probetur. GAIUS enim l. 13. §. 1. *de publ. in rem. act.* hanc *veram & civilem possessionem* appellat, si quis *credat* dominum esse, & rem ad se, iusta ex causa, pertinere. Nemo vero dubitat, curatores absentium ideo bona occupare, quia *credant*, se heredes esse. Ut mirer SCHILTERVM, qui bona a curatore absentis *naturaliter* possidere, tradit. ^{h)} Illi enim duntaxat rem *naturaliter* possident qui *sciunt, rem alienam esse*, sed propter aliud ius quoddam reale, aut alia ex iusta causa, rei incumbunt: quales sunt pignoratitiæ & præcariae possessiones: l. 13. §. 1. D. *de publ. in rem. act.* cum quibus nihil commune habet possessio bonorum absentis.

Absentium igitur curatores *credunt* hereditatem sibi delatam esse, & quodammodo *cum conditione*, *civiliter* tamen, illam *possident*: donec contrarium probetur. Itaque, dum de *cura absentis* disceptatur, verius de *hereditate* absentium agitur, ut illi admittantur, quos, certum esset, *absenti successuros*, si de morte eius liquido constaret.

Sed

^{b)} Cod. FABR. L. III. tit. 25. def. 5. & tit. 22. def. 13.

def. 84. n. 5.

^{d)} SCHILTER exerc. ad ff. XV. 73.

^{e)} BEYER iure

Germ. l. 27. 46.

^{f)} BOEHMER respons. DCXXII. T. II. P. I.

^{g)} SCHIL-

TER. exerc. ad ff. XV. 74.

^{h)} Ibid. eod.

Sed *legitima hereditas* non solum illis, qui rebus suis superesse possunt, sed etiam *infantibus*, & *impueribus*, & *foeminis*, & *furiosis*, denique, omnibus, qui sanguine sunt *proximi*, quamvis res ipsorum ab aliis administratoribus regantur, propter solam coniunctionem sanguinis, deferitur. Quandoquidem igitur *curatores absentium*, sub conditione *heredes* designantur, nemo dubitat, quin ad *illam curam* etiam *impueres*, & *foeminae*, & *furiosi*, recte admittantur: ut *res absentium* subinde per *curatorum curatores* non incommode administrantur. Hoc & CARPZOVIVS ⁱ⁾ & SCHILTERVS ^{k)} & BEYERVS ^{l)} obseruarunt. Nuper certe *Icti Vitembergenses* curam absentis etiam *foeminae* delatam, a marito eius, tanquam *legitimo* proximæ cognatæ *curatore*, administrari posse, responderunt: Ob wohl zu der cura absentis auch Kinder und Unmündige zugelassen werden 2c. 2c. mithin Interuenientin und Beklagter, als des Abwesenden leiblicher und annoch lebender Schwester Ehemann, und legitimus administrator ihres Vermögens, welcher diese curam ohne Widerspruch derer übrigen Anverwandten, wegen seines Eheweibes, übernommen, nunmehr hierbey vor senen ohnstreitig den Vorzug haben 2c. 2c.

Ad quemcunque igitur *proxima spes hereditatis* pertinet, illi magistratus *curam absentium* commendat: &, quamvis proximus successor ad tutelam vel curam aliorum suscipiendam natura non idoneus esse videatur; tamen receptum est, ut per *curatorem eius* possit cura absentis suscipi, illiusque hereditas per *vicarium* administrari. Sed finge, Titium, *proximum* absentis Tullii *cognatum*, pariter *absentem* esse, ut de vita eius dubitetur: & Sempronium, Titii *proximum heredem*, curam Titii absentis impetrare: an Sempronius non solum ad Titii, sed etiam ad Tullii hereditatem, sub cautione, administrandam, adeoque ad curam utriusque absentis, admitti possit, videamus. Erat locus dubitationi, quandoquidem tutores infantis & curatores furiosi, nomine furiosi & pupilli, qui & ipsi pro *absentibus* habentur, *curam absentium* recte suscipiunt, illorumque bona administrant. Sed certius est, *cognatum* proximum, *absentem*, non posse, per curatorem suum, curam alterius absentis postulare. Supra enim obseruatum fuit, *curam absentium* heredibus deferri, ut ipsi potius, quam extranei, bonis hereditariis fruuantur, quæ ad se peruentura esse sperant. Sed cum de Titii, cognati proximi, pariter absentis, vita non minus, quam de ipsius Tullii vita, dubitetur; ineptum esset Titio absentis curam Tullii permitti: quandoquidem æque incertum est, an ex illa hereditate fructus quidam ad Titium sit peruenturus. Igitur in illa specie non Titii proximus successor & curator, sed ille, qui, post Titium, proximus est Tullio, ad Tullii absentis curam

V 3

i) CARPZ. P. III. const. 15. def. 48.

k) SCHILT. exercit. ad ff. XV. §. 73.

l) BEYER L. 27. 48.

curam admittetur. Illud etiam SCHILTERVS obseruauit. *m)* Sed, si Sempronius, Titii curator, etiam Tullium coniunctione sanguinis proxime attingat, aut si Titio, priusquam & ipse abesse coeperit, adhuc praesenti, a magistratu imposita fuerit cura Tullii absentis; expeditum est, curatorem Titii ad utriusque absentis curam pariter admitti.

§. IV.

*Cura absen-
tis etiam ad
heredes cu-
ratoris
transmit-
titur.*

Curator absentis igitur *heres absentis* designatur, sub conditione: nisi postea appareat, hereditatem ad ipsum non omnino pertinere. Igitur, si non probetur, *quo tempore* absens vita sit defunctus, post annum ætatis eius septuagesimum, de vita ipsius redituque desperatur: hinc & cautio reuocatur, & fingitur defunctus, non post annum demum septuagesimum, sed *statim, cum de vita eius dubitari coeptum* & curator constitutus est, humanis rebus excessisse. Illud enim omnino habet rationem: quandoquidem absens ille, non tam *propter ætatem suam* exactumque annum septuagesimum ætatis, qui plerumque humanæ vitæ terminus est extremus, sed *propter diuturnam absentiam*, per quam nihil certi de ipso compertum est, *pro mortuo habetur*. Confestim igitur & ab initio, cum diutius abesset, de vita eius dubitari coeptum: ideoque proximi eius successores ad *curam* & hereditatem absentis, *quasi iam tunc mortui*, sub conditione sunt admissi: sed cautionis necessitate tamen onerati sunt, usque ad annum septuagesimum, cum *possibile* esset, illum adhuc viuere ad tempus illud; quamuis iam tum ab initio non facile sperari potuerit, illum adhuc viuere aut reuersurum esse. Hac igitur cautione post annum septuagesimum liberandus est curator, non, quasi absens *nunc* demum mortuus esse videatur; sed, quia elapsus terminus humanæ vitæ, intra quem adhuc dubitari poterat, liquido ostendit, *illum statim ab initio*, cum curator constitueretur, *recte & iuste pro mortuo habitum fuisse*. Quæ cum ita sint, necesse est, fingi post annum septuagesimum, quasi *retro facta fuerit successio*, & illo tempore, quo primum de vita & reditu absentis dubitatum, hereditas proximis absentis successoribus pure fuerit delata: quod & SCHILTERVS *n)* & BEYERVS *o)* docuerunt. Quibus consequens est illud, ut interea *cura absentis* etiam ad *heredes curatorum*, id est, heredes heredum, ab initio designatorum, quasi adita esset ab illis hereditas, efficaciter transmittatur. Finge igitur, quod in specie, quam supra §pho I. adduximus, acciderat; finge, inquam, post annum septuagesimum, non solum *sororem* defuncti hereditatem possidere, sed cum illa etiam *defunctorum sororum nepotes*, quarum auiæ aut parentes tempore curæ constitutæ adhuc vixerant, concurrere. Dubitari non potest, quin *nepotes sororum mortuarum, cum sorore* superstite, absentis

legi-

m) SCHILT. exerc. ad ff. XXXVII. §. 244.

o) BEYER. iur. Germ. I. 27. §1.

n) Ibid. exerc. ad ff. XV. 73. & 76.

legitimi heredes habeantur. Quamvis enim ius repraesentationis, in linea transuersa, ultra fratrum liberos non extendatur, ideoque soror sororum nepotes excludere ab hereditate absentis posse videretur, si absens nunc demum pro mortuo habendus esset; tamen sufficit, tempore curae constitutae, sorores, aut sororum mortuarum liberos, cum sorore superstite, iure repraesentationis, ad hereditatem absentis peruenisse. Fingitur enim, iam tum illo tempore hereditas adita fuisse, adeoque etiam ad sororum nepotes postea potuit transmitti. Sed faciamus porro, cum *nepotibus* illius *sororis*, quae curam absentis impetrauit, post annum septuagesimum, *alios cognatos* hereditatem petere, qui in *eodem gradu*, quo sororum nepotes continentur, constituti sint. Expeditum esset, omnes cognatos eiusdem gradus absentis successores esse, si ille iam demum, post annum septuagesimum, mortuus esse fingeretur. Sed, quia certius est, absentem statim illo tempore, quo de vita eius iuste dubitari coeptum est, pro mortuo habitum fuisse, donec contrarium probetur; sororum nepotes iam non iure proprio, sed iure ab auis & parentibus qui hereditatem absentis cum conditione adierunt, ad se transmissio, hereditatem possident, ideoque illos, qui iam quidem in eodem gradu cum ipsis constituti sunt, excludunt. In eandem sententiam CARPZOVIVS *p)* & BEYERVS *q)* responderunt. Imo nuperrime in illa specie, quam supra adduximus, *ICtā Vitembergenses* cum *Lipsiensibus* in illo argumento consenserunt. Ita enim *Lipsienses*: D. a. u. d. vermöge derer teutschen Rechte und Gewohnheiten, denen die cura absentium ihren Ursprung und Verfassung schuldig ist, bey dieser zweyerley Vermuthungen eingeführet und statt finden, deren die eine praesumptio vitae ist, und dahin gehet, daß der Abwesende, biß zu überstiegenen 70sten Jahre seines Alters, pro viuo in der Absicht und Wirkung, damit vor solcher Zeit denen nächsten Anverwandten und Erbnehmen, dessen Vermögen nicht ohne Caution vertrauet und übergeben werden möge, zu achten, die andere hingegen in praesumptione mortis und darauf gesetzt ist, daß von dem Abwesenden, so nunmehr das 70ste Jahr überschritten, geglaubet wird, daß er zu eben der Zeit, als ihm ein oder mehr Vormunden bestätigt worden, das Zeitliche geseegnet habe, damit diejenigen, so tempore constitutae curae dessen nächste Bluts-Verwandte und in solcher qualität auch die nächsten zur Vormundschaft gewesen, die nächsten Erben so lange seyn und bleiben mögen, biß von denen, so, wegen mittler Zeit erfolgter Veränderung derer Personen, ihren Nachkommen in proximitate gradus vortreten könnten, ein besseres Recht ausgeführet worden, ferner unstreitig, daß zur Zeit der Beklagten gerichtlich aufgetragenen Vormundschaft, und des nachgehends fol. Act. errichteten Erb-Recesses, obbenandte beyde Kinder, Krafft des nach Hennebergischen Rechten in linea

col-

p) CARPZOV. P. III. const. 15. def. 49.

q) BEYER iure Germ. l. 27. §4.

collateralii üblichen iuris repræsentationis, in ihrer verstorbenen Mutter Stelle und Recht getreten, und hierdurch mit dieser überlebenden Schwester der interuenirenden N. ad successionem & curam absentis zu ihrem Antheil mit concurrirer, nicht weniger ausgemacht, daß wenn die N. dazumahl, wie ihr freygestanden die curam absentis zu ihren 4ten Theil mit übernommen hätte, sie, solche nebst dem iure hereditario, auf ihren überlebenden Sohn transmittirer haben würde. Idem mense Februario huius anni, Vitembergensibus, de eadem causa consultis, placuit:

Obwohl nach teutschen Rechten und Gewohnheiten denen Abwesenden diejenigen Personen, welche, wenn jene zu der Zeit, als man an ihrer Wiederkunft und Leben zu zweiffeln angefangen, wirklich Todes verbliehen, ihre nächsten Erben wären, zu Vormündern bestellet, diese auch nachhero, wenn die Abwesenden nicht wiederkommen, noch die eigentliche Zeit ihres erfolgten Ablebens, nach Verlauff des 70sten Jahres ihres Alters bescheiniget werden kann, zur Erbfolge gelassen werden, und daferne sie immittelst Todes verfahren, die Vormundschaft nebst dem einmahl erlangten Erb-Rechte auf ihre nächsten Erben, wenn gleich nachhero andere, so dem Abwesenden mit denen letztern in gleichen Grade verwandt sind, noch vorhanden, wohl verfallen mögen,

Carpz. P. III. Const. 15. def. 58 sqq.

Beyer Iur. Germ. L. I. c. 27. §. 49. 53. & 54.

Derowegen bey gegenwärtigem Falle nicht sowohl darauf, wer dem ausländischen N. voricko am nächsten, als vielmehr, wer damahln, als man demselben einen Vormund verordnet, die unmittelbare Anwartschaft auf dessen Erbschaft gehabt, das Absehen zu richten zu seyn scheint, auch kein Zweifel, daß zu der Zeit, als Beklagten die Vormundschaft aufgetragen worden, die beyden N. N. Kinder, welche vermöge des in denen gemeinen und Nembergischen Rechten festgestellten iuris repræsentationis, an ihrer verstorbenen Mutter, als des Abwesenden N. Schwester, Stelle getreten, mit der Intervenientin ein gleiches Erbrecht gehabt, mithin dieselben die Vormundschaft zum Theil ebenfalls zu verlangen, dem Ansehen nach, um so viel mehr befugt gewesen, als zu der cura absentis auch Kinder und Unmündige zugelassen werden.

Schilt. exerc. ad ff. XV. §. 71-77.

Und die succession denen N. N. Kindern in dem Erb-Recesse fol. ausdrücklich zugestanden worden, daher, nachdem diese das Zeitliche geseegener, nicht allein Mit-Klägers Sohn, als ein descendente der einen N. Tochter, und des Abwesenden N. verstorbenen Schwester Enckel, sondern auch Kläger als natürlicher Erbe seiner verstorbenen Tochter, welche obgedachter maassen, an der Erbschaft des Abwesenden, als dessen verstorbener Schwester Tochter

Tochter, iure repræsentationis, gleichfalls Antheil gehabt, und mit der Intervenientin darben concurrirer, auf das von ihren Erb. Läßern erlangte Erbschafts-Recht an des Ausländischen Vermögen, und die damit verknüpfte curam absentis, nicht ohne ziemlichen Schein des Rechtens Anspruch machen &c.

§. V.

Curatori itaque absentis, dum de huius vita dubitatur, hereditas de-
fertur: sed, vt supra observatum est, non pure, & simpliciter, sed sub cau-
tione, & hac lege expressa, vt restituat hereditatem, si postea appareat, he-
reditatem non ad ipsum pertinere. Igitur disputatione non indiget, si ab-
sens postea redierit, hereditatem cum fructibus restituendam esse.

Cura absen-
tis non ab-
solutum ius
succeedendi
tribuit.

Sed videamus, quid dicendum sit, si postea liquido probetur, absentem non illo tempore, quo curator constitutus est, sed aliquot annis post, de vita decessisse. Finge enim, anno 1000. de vita absentis dubitatum, illoque tempore sororem eius ad curam absentis admissam esse: illam vero mortuam, an. 1002. ad curam absentis filiae suæ, & hanc defunctam an. 1003. nepoti, hunc an. 1005. pronepoti, reliquisse. Sed finge porro, an. 1007. patruum absentis hereditatem petere, & probare an. 1006. demum absentem mortuum fuisse. At vero non est locus dubitationi, pronepote sororis præferendum esse patruo, si absens statim ab initio an. 1000. defunctus esse fingeretur. Cum enim illo anno soror superstes absenti proxima fuerit, iure sanguinis, & hereditatem adierit, potuisset omnino ius quæsitum ad omnes heredes suos transmittere in infinitum. Sed, cum iam probetur, absentem an. 1006. demum diem obiisse, fortior est veritas præsumptionibus, neque potuit sorori, antequam frater moreretur, hereditas deferri, aut ab ipsa ad heredes alios transmitti, l. 3. & 4. C. de postlim. reuers. Itaque patruus admittetur ad hereditatem, qui tempore mortui absentis, an. 1006. pronepote sororis propinquitate gradus superavit. In illam sententiam Icti Vitembergenses mense Februario huius anni responderunt: Diemeil aber dennoch bey Bestetigung eines Curatoris absentis zwar auf das ius succeedendi vornehmlich gesehen, jedoch der bestellte Curator nicht schlechterdings vor des Abwesenden unstreitigen Erben dadurch erkläret, sondern nichts destoweniger nachhero, wenn von des Abwesenden Tode gewisse Nachricht zu erlangen, die Erbschaft denen, so zur Zeit seines Ablebens die Nächsten gewesen, wenn sie gleich die Vormundschaft nicht verwaltet, überlassen wird,

Beyer. iure Germ. l. cap. 27. §. 54. in f. &c.

Absens igitur mortuus esse creditur, cum curator absentis constituitur; sed audiuntur tamen illi, qui tempus mortis certum, argumentis liquidis, se probare posse credunt. In dubio autem curatori, qui possidet he-

reditatem, bona relinquuntur: quod & HERTIVS ^{r)} observavit. Itaque, uti dixi, *liquidis argumentis comprobandum* est, absentem, *post* curam heredibus delatam, decessisse. Recte enim FINCKELTHAVSIUS, ^{s)} ANTONIVS FABER ^{t)} & SCHILTERVS ^{u)} monuerunt, non admitti probationem per *præsumptiones*, aduersus absentis curatorem: quandoquidem ipse curator fortissima præsumptione, quæ ex diuturna absentia desumpta est, & quam magistratus, curatorem constituens, expresse approbavit, defenditur, aduersus alias præsumptiones.

Sunt plures eiusmodi species, in quibus curatori hereditas absentis occupata extorquetur. Fac enim, ab initio magistratum absentis curam heredi non *proximo*, sed *remotiori*, contulisse, aut quosdam, qui ab initio æque propinqui erant, iniuria, aut per errorem, a cura absentis exclusisse. Faciamus etiam, quod supra observatum est, cognatum Tullii absentis proximum, pariter absentem fuisse, cum Tullio curator constitueretur: sed hunc cognatum postea reuerti & petere Tullii hereditatem. Constat inter omnes, hereditatem a curatore interim iniuste occupatam, legitimis heredibus, qui illo tempore, quo de vita absentis dubitari coeptum, ipsi proxime coniuncti fuerant, restituendam esse, & facto magistratus, tertio, in primis ignorant, ius quæsitum non omnino auferri potuisse. BOEHMERVS certe ^{x)} illo casu, non solum, post annum septuagesimum, curatori hereditatem auferri posse, posse, sed etiam, ante illud tempus, curam a remotiori in propiorem transferendam esset, credit. Ita enim ille:

D. a. d. Die cura absentis nichts anders, als eine præmatura successio-
nis occupatio ist, mithin denen proximioribus, exclusis remotioribus, zu-
stehet,

Meuius ad ius Lubec. P. II. tit. 2. art. 4. n. 13.

Berlich. P. III. concl. 21. n. 74 sq.

und also, nach diesen principiis, die S. Brüder dadurch ihr Recht nicht ver-
lohren, daß die Obrigkeit einem remotiori die curatel aufgetragen 2c. 2c. über-
dem die transmissio & continuatio curatelæ alsdenn nur statt findet, quando
ab initio semel proximiori est delata &c.

Sed de illa re deinceps locus erit exponendi.

§. VI.

*Cura absen-
tis ad extra
neos heredes
non trans-
mittitur.*

In tanta igitur incertitudine, *non omnino heres est absentis curator*
a magistratu constitutus. Multa enim interueniunt, quæ prohibent, quo-
minus ipse retineat hereditatem. Ex illa fere causa placuit, a curatore qui-
dem absentis hereditatem quodammodo adquiri, & semel sub conditione ad-
qui-

^{r)} HERTIVS respons. T. II. dec. 771.

^{t)} FABER in Cod. L. IV. tit. 7. def. 2.

BOEHMER resp. 622. T. II. P. I. p. 619.

^{s)} FINCKELTH. obs. 100. n. 9. & 26.

^{u)} exerc. ad ff. XV. 77. ^{x)} BOEH-

quisitam ad heredes eius etiam transmitti; sed, si, ante absentis annum septuagesimum ætatis, curator proximus absentis moriatur, *ad eius heredes extraneos* absentis curam non transferri: adeoque tunc demum admitti heredes curatoris, si & ipsi cum absente fuerint *sanguine coniuncti*. Nullus enim absentium, nisi *cognatus*, constituitur curator.

Nuper certe *ICTI Lipsienses* negauerunt, mortuo filio, curatore absentis, ad quem cura a matre, iam defuncta, absentis cognata, iure sanguinis transmissa erat, *patrem*, filii heredem, absentis curam, quasi a filio ad se transmissam, postulare posse; quia pater affinitate duntaxat, non cognatione, absentem attingebat. Cuius responsi has rationes attulerunt:

D. a. d. Klägern, wenn schon seines verstorbenen Sohnes Antheil auf ihn verfällt, dennoch die Cognatio in Ansehung des Ausländischen ermangelt, diese aber bey denen, so als nächste Erben zur cura absentis gelangen, als ein wesentlich Stück zugleich mit erfordert wird.

In eandem sententiam olim etiam *CARPZOVIVS* y) & *HERTIVS* z) responderunt: vt *consuetudine* receptum esse videatur, curam absentis non ad curatoris heredes extraneos transmitti.

Vt tamen verum fatear, nullam video causam satis idoneam afferri cur cura absentis, per quam hereditas sub conditione semel acquisita est, antequam ab alio cognato ius melius probetur, tantum in heredes absentis cognatos, non vero in affines & extraneos, transmitti possit. Enimuero, certum est, curatorem plene adquisiuisse hereditatem, nisi ab alio ius melius probetur: unde sequitur, excludi reliquos absentis cognatos, & quoscunque curatoris heredes petere posse bona absentis, semel a defuncto curatore acquisita, donec cognati reliqui ius melius probarint. Interim excusari potest illa consuetudo, quamdiu incertum est, an non viuant & reuersuri sint absentes. Sed illud tamen caret dubitatione, post annum septuagesimum, a cognatis interim ad curam admissis, hereditatem curatoris primi heredibus etiam extraneis restituendam esse; cum ius successionis a primo curatore sub conditione acquisitum, & post annum septuagesimum, non existente conditione, pure & simpliciter confirmatum, heredibus eius etiam extraneis, inuitis, non extorqueri posse videatur. Constat enim, hereditatem aditam transmitti ad quoscunque etiam extraneos heredes. Sed, post annum septuagesimum, curator primus fingitur hereditatem pure adiisse.

§. VII.

Ex his, quæ adhuc disputata sunt, apparet, fingi, absentem illo tempore, quo de reditu eius dubitari coeptum, & curator absentis constitutus est, mortuum fuisse. Ex quo consequitur, illos admitti ad hereditatem eius, qui *tempore curatoris constituti*, quo absens mortuus esse fingitur, gradu *Heredes qui a cura absentis abstinent non renunciant hereditati.*

X 2

y) *CARPZ.* P. III. const. 15. def. 50. & 51.

z) *HERTIVS* resp. 192. T. I. p. 377.

proximi fuerunt. Sed, quid fiet, si non omnes absentis cognati, qui in eodem gradu constituti erant, curam absentis petierunt; sed vnum duntaxat æque propinquum, passi sunt, solum curam absentis & administrationem hereditatis obtinere. CARPZOVIVS ^{a)} enim testatur, non omnes in eodem gradu constitutos necessario curatores absentis constitui a magistratu; sed illos duntaxat, qui petierint, admittendos esse. An igitur illos, qui curam absentis petere omnino neglexerunt, sed alium æque propinquum admiserunt, renunciassse hereditati absentis arbitremur? Certius est renunciationes non præsumi. Enim vero cognatis proximis absentis, hoc beneficii datum est, ut ipsis etiam ante annum septuagesimum, praematura occupatione hereditatis, sibi prospicere, & interim sub conditione adire hereditatem permittatur. Sed nemo cogitur uti illo beneficio. Neque igitur sua modestia nocebit heredibus, qui curam absentis & administrationem bonorum postulare noluerunt. Nimirum, post annum septuagesimum ætatis, absens fingitur illo statim tempore, quo curator ipsi constituebatur, mortuus fuisse; sed ante illud tempus non potuit pure eius hereditas peti & adiri. Qua propter dici non potest, illos repudiassse absentis hereditatem, quam, ante annum septuagesimum, pure omnino adire nequiverunt. ULPIANVS enim, l. 5. D. de *adq. vel omitt. hered.* docet, illum non repudiare hereditatem, qui *non potuit adire*. Igitur iuste heredes expectare poterunt tempus, quo certo constaret, absentem non esse rediturum. Quapropter illi omnes, qui tempore curatoris constituti, gradu æque propinqui fuerunt, iure successionis uti possunt, & coheredem suum, qui curam absentis suscepit, pro suis portionibus, etiam ad reddendas rationes obligatum habent. Hoc quidem acciderat in illa specie quam §pho I. enarraui. Absens vnam reliquerat sororem, & ex altera soror duas filias, quæ, iure repræsentationis, extra Saxoniam, in matris suæ locum succedebant.. Sed hæc quidem neglexerant curam absentis petere, quia forte cautionis difficultatem subterfugiendam esse existimarant: & solam sororem absentis superstitem admiserant ad curam absentis. Dubitabatur, an filiae sororis, quæ curam absentis petere omiserant, aliquando, post annum septuagesimum, ad hereditatem admittendæ esse videantur. *ICTi Vitembergenses*, mense Februario huius anni, responderunt: admittendas esse filias sororis:

D. a. d. Kläger und Mitklägers Sohn hierdurch an ihrem Erbschafts-Rechte keinen Abbruch leyden, in mehrerer Erwegung bey Bestetigung des curatoris absentis zwar auf das ius succedendi vornehmlich gesehen, jedoch der bestellte Curator nicht schlechterdings vor des Abwesenden einigen und unstreitigen Erben erkläret, sondern nichts destoweniger nachhero, wenn von des Abwesenden Tode gewisse Nachricht zu erlangen, die Erbschaft denen, so zur Zeit

^{a)} CARPZ. P. III. const. 15. def. 49.

Zeit seines Ablebens die Nächsten gewesen, wenn sie gleich die Vormundschaft nicht verwaltet, oder auch, wenn davon keine gewisse Nachricht vorhanden, und der Abwesende das 80ste Jahr seines Alters überschritten, also vor todt zu achten, denenjenigen, so zur Zeit der angeordneten *Curatel* das nächste Erb-Recht gehabt, ohnerachtet sie sich der Vormundschaft verziehen, überlassen wird.

Beyer iure Germ. l. 27. §. 56 sq. &c.

Itaque certum est, etiam illos cognatos admitti posse, qui curam absentis nunquam petierunt. Sed plus habet difficultatis, an proximi cognati, qui curam petere neglexerunt, & ante quam absens annum septuagesimum superasset, ipsi etiam mortui sunt, hereditatem absentis nondum aditam ad heredes alios transmittant: ut hi post annum septuagesimum, quasi ab initio adita esset hereditas a proximis cognatis, absentis acquirerent hereditatem. Est omnino locus dubitationi, quum cognati absentis, qui curam bonorum neglexerunt, ipsi nondum peruenerint ad hereditatem, adeoque illam ad heredes alios transmittere non potuisse videantur. Qui enim decessit, antequam sciret, an sibi delata esset hereditas: non potuit hereditatem transmittere ad alios heredes: quod *DIOCLETIANVS* l. 7. C. *de iure delib.* & *THEODOSIVS* l. 18. §. 3. C. *eod.* tradiderunt.

Sed magis est, ut credamus, etiam illos cognatos, qui curam absentis nunquam petierunt, hereditatem quasi aditam transmittere ad heredes suos. Enimuero, quod supra observatum fuit, fingitur absens illo tempore decessisse, quo ipsi curator constituebatur. Igitur omnibus, qui tempore illo proximi absentis cognati & legitimi heredes erant, tunc delata est hereditas. Sed hereditas absentis tamen *pure*, nisi post annum septuagesimum, *non potuit* adiri. Quapropter illi, qui tunc curam absentis petere neglexerunt, & postea mortui sunt ante annum septuagesimum, quodammodo similes sunt illis qui *intra annum deliberandi* decesserunt. Sed constat, illos, qui intra spatium deliberandi moriuntur, ad heredes etiam transmittere ius deliberandi: quod *IUSTINIANVS* præcipit l. 19. C. *de iure delib.* Sed spatium deliberandi in hac specie ante annum septuagesimum decurrere non potest, cum antea non possit *pure* hereditas adiri.

Imo vero, ne quidem opus est, ut ad ius deliberandi confugiamus. Etiam alia ratione tuti sunt heredes illi. Scilicet, ante annum septuagesimum *ignorabatur*, an absens decesserit, & an vere proximis cognatis delata sit hereditas illo tempore, quo curator constituebatur. Sed *DIVVS PIVS* præcepit, si heres decedat, *antequam sciret, sibi delatam esse hereditatem*, stricto iure quidem, hereditatem, nondum aditam, non transmitti ad heredes eius: sed heredibus tamen, *ex persona heredis defuncti, restitutionem in integrum*

dandam esse, vt admittantur ad hereditatem, quasi defunctus hereditatem adiisset. Quod PAPINIANVS, l. 86. pr. D. de *adqu. vel omitt. hered. humanitatis causa* obtinere, ait.

Itaque non dubito Meuiam & Seiam, quas in §1 h. o. I. commemorauimus, ius successionis etiam in Caium & Iauolenum transmississe, vt hi ex persona matris suæ, post annum septuagesimum, vi restitutionis in integrum, ad absentis hereditatem admittantur.

§. VIII.

*Ad curam
absentis uni
cognatorum
concessam re-
liqui æque
propinqui
postea non
admittun-
tur.*

Igitur certi sunt, de hereditate obtinenda, omnes cognati, qui tempore curæ constitutæ proximi absentis heredes erant, quamuis ipsi administrationem bonorum & curam absentis non petierint a magistratu. Ex quo apparet, non opus esse, vt cognati, qui curam absentis primo neglexerunt, aut heredes ipsorum, postea ad curam absentis admitti postulent, hereditatis conseruandæ causa. Enimvero *ius successionis* ipsis saluum est, quamuis nunquam obtinuerint curam absentis.

Sed CAIUS atque IAVOLENVS, de quibus antea §pho I. diximus, finxerant sibi hunc timorem, ne postea ab hereditate absentis penitus excludantur, quia curam absentis nunquam petiissent. Itaque anxie desiderabant vt adhuc ad curam illam, ante annum septuagesimum, admitterentur. Et *ICti* quidem *Lipsienses Iauolenum* admiserant, vt ius hereditatis conseruaret, & interea susciperet curam absentis, solum vero Caium, absentis affinem, excluderant; quia cura absentis *ad extraneos* non pertineret. Ita enim responderunt:

Daß Mitflägers Sohne (Iavoleno) des Ausländischen Vermögen zum vierdten Theile, gegen Bestellung hinlänglicher Caution zu überlassen, Klägers (Caii) Suchen aber hat nicht statt, B. N. W.

Sed certius est, si semel cura bonorum *uni* duntaxat *cognatorum*, ab initio, reliquis consentientibus commissa, reliquos heredes æque propinquos postea ad curam non admitti. Ius enim hereditatis & successionis in bonis absentis, post annum septuagesimum, illis integrum seruator, quamuis nunquam sint curatores constituti. Contra vero, non solum *curatoris* ab initio constituti, interest, ne postea, aliis curatoribus adiunctis, rationes eius perturbentur, & ius quæsitum ipsi, sine suo facto, a cognatis reliquis eripiat: sed, *ipsius* etiam *absentis* causa, cuius adhuc reditus sperari potest, merito cauendum est, ne bona eius inter plures distrahantur. Sibi igitur, imputent, qui ab initio curam absentis neglexerunt. Ille enim, qui curam solus petiit, sibi vigilauit. Optime CARPZOVIVS: *b)* „semel, inquit, „commissa cura vel custodia bonorum absentis, *reliqui in pari licet gradu constituti non admittendi* erunt. Quod video olim etiam BEYERO *c)* placu-

b) CARPZ. P. III. const. 15. def. 49. n. 4.

c) BEYER iur. Germ. I. cap. 27. §. 56.

cuisse. Igitur, cum non solum Caius, sed etiam Tulliae maritus, absentis curator, a magistratu constitutus, leutatione interposita, *Lipsiensium* sententiam impugnarent; *ICtis Vitembergensibus* visum est, non solum Caium, sed etiam *Iavolenum*, a cura absentis excludendum esse, & solum manere curatorem, qui ab initio constitutus esset. Ita enim *mensē Februario huius* anni responderunt: Nunmehr, was Intervenientens Leuterung anlanget, aus denen Acten und derer Partheyen rechtlichen Einbringen so viel zu befinden, daß Mitklägers Sohne (Iavoleno) des ausländischen N. Vermögen zum vierdten Theile gegen Bestellung hinlänglicher Caution nicht zu überlassen, sondern dessen Suchen nicht statt hat, dahingegen es im übrigen der von Klägern (Caio) und Mit-Klägern, eingewandten Leuterung ungeachtet, bey vorigem am 21. Aug. des abgewichenen 1736. Jahres eröffneten fol. befindlichen Urthel nochmahls billig bleibt, B. R. W.

Operae pretium erit, rationes decidendi integras adscribere, vt de tota causa cognoscatur:

Obwohl, nach teutschen Rechten und Gewohnheiten, denen Abwesenden diejenigen Personen, welche, wenn jene zu der Zeit, als man an ihrer Wiederkunft und Leben zu zweiffeln angefangen, wirklich Todes verblieben ihre nächsten Erben wären, zu Vormunden bestellet, diese auch nachhero, wenn die Abwesenden nicht wiederkommen, noch die eigentliche Zeit ihres erfolgten Ablebens, nach Verlauff des 70sten Jahres ihres Alters, bescheiniget werden kann, zur Erbfolge gelassen werden, und daferne sie unmittelbar Todes verfahren, die Vormundschaft, nebst dem einmahl erlangten Erb-Rechte, auf ihre nächsten Erben, wenn gleich andere, so dem Abwesenden mit denen letztern in gleichen Grade verwandt sind, noch vorhanden, wohl verfallen mögen.

Carpz. P. III. C. 15. d. 58 sqq.

Beyer Iur. Germ. L. I. c. 27 §. 49. 53. & 54.

Derowegen bey gegenwärtigen Falle nicht sowohl darauf, wer dem ausländischen N. vorjeko am nächsten, als vielmehr, wer damahln, als man demselben einen Vormunden verordnet, die unmittelbare Anwartschaft auf dessen Erbschaft gehabt, das Abschen zu richten zu seyn scheint, auch kein Zweifel, daß zu der Zeit, als Beklagten (Tulliae marito) die Vormundschaft aufgetragen worden, die beyden N. N. Kinder, (Meuia & Seia) welche, vermöge des in denen gemeinen und Hennebergischen Rechten festgestellten iuris repræsentationis, an ihrer verstorbenen Mutter, als des abwesenden N. Schwester Stelle getreten, mit der Intervenientin (Tullia) ein gleiches Erb-Recht gehabt, mithin dieselben, die Vormundschaft zum Theil ebenfalls zu verlangen, dem Ansehen nach, um so viel mehr befugt gewesen, als zu der cura absentis auch Kinder und Unmündige zugelassen werden,

Schil-

Schilter exerc. ad ff. XV. §. 71-77.

Und die succession denen N. N. Kindern in dem Erb-Recessse fol. ausdrücklich zugestanden worden, dahero, nachdem diese das Zeitliche gesegnet, nicht allein Mitklägers Sohn, (Iavolenus) als ein descendente der einen N. Tochter und des abwesenden N. verstorbenen Schwester Enkel, sondern auch Kläger, (Caius) als natürlicher Erbe seiner verstorbenen Tochter, (Sejae) welche obgedachtermaassen an der Erbschaft des Abwesenden, als dessen verstorbenen Schwester Tochter, iure repraesentationis, gleichfalls Antheil gehabt, und mit der Intervenientin dabey concurriret, auf das von ihren Erb-Lassern erlangte Erbschafts-Recht an des Ausländischen Vermögen, und die damit verknüpfte curam absentis, nicht ohne ziemlichen Schein des Rechtens, Anspruch machen, demnach, daß Klägers und Mitklägers Leuterungs-Gravamina erheblich, sowohl die gesuchte declaration nöthig, der Intervenientin und Beklagten Einwenden hingegen ungegründet, es das Ansehen gewinnen möchte.

D. a. D. Diejenigen Anverwandten, so bey Bestellung eines curatoris absentis sich nicht gemeldet, sondern des ihnen diesfalls zustehenden Rechts sich begeben, den einmahl verordneten Curatorem nachhero nicht verdringen mögen.

Carpz. P. III. C. 15. d. 49. n. 4.

Mithin Intervenientin, und Beklagter, als des Abwesenden leiblichen und annoch lebenden Schwester Ehemann, und legitimus administrator ihres Vermögens, welcher diese curam ohne Widerspruch derer übrigen Anverwandten wegen seines Eheweibes übernommen, nunmehr hierbey vor jenen unstreitig den Vorzug haben, Kläger und Mitklägers Sohn aber hierdurch an ihren vermeynten Erbschafts-Rechte keinen Abbruch leyden, in mehrerer Erwägung, bey Bestetigung eines curatoris absentis zwar auf das ius succedendi vornehmlich gesehen, jedoch der bestellte curator nicht schlechterdings vor des abwesenden unstreitigen Erben dadurch erkläret, sondern nichts destoweniger nachhero, wenn von des Abwesenden Tode gewisse Nachricht zu erlangen, die Erbschaft denen, so zur Zeit seines Ablebens die nächsten gewesen, wenn sie gleich die Vormundschaft nicht verwaltet,

Beyer l. c. §. 54. in fin.

oder auch, wenn davon keine Gewißheit vorhanden, und der Abwesende das 70ste Jahr seines Alters überschritten, also vor todt zu achten, denjenigen, so zur Zeit der angerodneten curatel das nächste Erbschafts-Recht gehabt, ohngeachtet sie sich der Vormundschaft verziehen, überlassen wird.

Beyer l. c. §. 56.

Dahingegen, der Abwesende, biß zu Einlangung der Nachricht von seinem Tode, oder dem 70sten Jahre seines Alters, vor lebendig zu halten, dem

demnach, wer dessen Erbe seyn werde, biß dahin ungewiß bleibt, folglich, wenn die cura bereits einem der Anverwandten aufgetragen worden, der Streit wegen der noch unausgemachten Erbfolge, biß von des Abwesenden Todes-Tage gewisse Nachricht angeschafft, oder sein Ableben wegen seines Alters vermuthet wird, billig auszusetzen, daher Klägers und Mitklägers auf die Erbschaft gerichtetes Suchen noch zu frühzeitig, so wohl der auf die dem Beklagten, als der Intervenientin Ehemanne, bereits aufgetragene curam absentis von denenselben gemachte Anspruch ungegründet, und bey solcher Bewandnis die gesuchte Declaration nicht statt hat, So ist wie im Urthel enthalten, von uns billig erkannt.



XXIX.

OBSERVATIONES

DE ANIMO NOVANDI
FACTIS EXPRESSO.

AD L. 8. C. DE NOVAT.

VITEMBERGAE, AD D. XXIV. APRIL. A. Q. S. P. E. MDCCXXXVII.

§. I.

Quamvis omnis societas hominum *fide mutua* & benevolentia continueatur; tam negligenter tamen colitur id officium humanitatis, ut vix quisquam fidem habeat suo debitori, nisi ipsum fere manibus & viroque pede atque ipso etiam collo *vinctum* & *obligatum* teneat, ut euadere ne possit. Hinc plerisque obligationibus etiam *fideiussores* & *pignora* accedunt, quæ quasi in subsidiis collocantur, ut, si difficilis, aut inanis, in ipsum debitorem, cui dissidimus, sit actio, incumbamus pignori & a fideiussoribus creditum recuperemus. Nostri; præter *fideiussores* & *pignora*, etiam *cambium* desiderant a debitore; ut non solum res eius & fortunas, sed ipsum etiam corpus & vitam & illum, quem irahit, spiritum obstrictum habeant, ne spes recuperandi crediti interuatur. Ita sunt hi nostri diuites.

Sed non fauent leges nostræ huic incontinentiæ & auiditati creditorum.

Odiosa sunt illa *vincula accessoria* conventionum, & omnis *cumulatio* obligationum *restringitur interpretatione*. Hinc CELSVS l. 99. D. de V. O. itemque PAVLLVS l. 73. D. de *fideiuss.* stricte accipiendam esse *fideius-*

sionem, aiunt, ut, quæ *palam verbis non expressa* sunt, *omissa* videantur. Satis est creditori, debitorem principalem arctius teneri: neque ipse potest conqueri, si fideiussor *laxius* omnino adstringatur. Per se dura est fideiussorium conditio, qui propter alienam culpam & negligentiam tenentur; ut merito *remissius* humaniusque teneantur.

Idem in *pignoribus* obtinet, de quorum odio plura *præses* commentatione singulari ^{a)} observavit. *ULPIANVS* certe atque *PAVLLVS* l. 6. 7. & 8. D. de pignor. & *hypoth.* *generalem* hypothecam *strictius* accipiendam esse docuerunt, ut ea, quæ verisimile est, debitorem *specialiter* obligaturum non fuisse, *generali pignore* non contineantur. Inhumanus enim videbatur, creditorem *cumulare* pignora securitatis, propter *unam* simplicemque *obligationem*. *SEVERVS* etiam atque *ANTONINVS* l. 2. C. de pign. alienum esse ab humanitate censuerunt, si creditor, cui *specialiter* quædam bona obligata erant, nondum adquiescat in illo pignore, quod ab initio accepit, sed præterea aliud *vinculum* desideret, quo obstringat debitorem, atque, præter *specialem* hypothecam, *generaliter universa* bona debitoris pignori accipiat, ut *ius æquale* in bonis omnibus haberet: igitur iurisdictione *temperandam* esse *auiditatem* creditoris, præceperunt, ut interim bonis omnibus incumbere non possit, priusquam tentauerit, an ex pignore *specialiter* obligato possit creditam pecuniam recuperare. Generaliter etiam *GAIVS* l. 125. D. de R. I. & omnes iuris nostri interpretes magis de *liberando* reo, quam de *obligando* atque condemnando, laborandum esse censuerunt. Tantum abest, ut fauendum sit cupiditati creditoris, qui ob idem debitum eundem debitorem *multis diuersisque* *vinculis* obstringit.

§. II.

Non tamen præsumitur debitum, *cumulatio*, & *interpretatione restringendum* atque iurisdictione *nouatio nisi* *temperandum* videretur, quidquid *noui* ad obligationem *veterem* accedit. Sed, *specialiter* cum nota sit *cupiditas* humanæ mentis; ut satiari facile non possit: nemo omnino creditur, *obligationis veteris* *vinculum* debitori *remisisse*, quamvis *nona obligatio cum re* *noua* ipsum *obligatione* obstrinxerit. Non enim solent illum ex cauea dederi *coniungitur*, quem semel capium & deuinctum tenent; sed inhiant plerumque & insistunt, & aliis post alias catenis onerant, ut elabi penitus non possit. De qua re cum subinde dubitatum esset inter veteres, qui benignius cum debitoribus agebant, & si noua obligatione obstringerentur, vinculo priori illos liberabant; tandem *IUSTINIANO* l. 8. C. de *nouat.* placuit, *non præsumi animum nouandi*: nisi *specialiter* priorem obligationem *remiserit* creditor, & *expresserit*, quod *secundam* magis pro *anterioribus* elegerit *obligationem*.

Ope-

a) *Præses* in diss. de custodia & periculo pignoris. §. 3 sqq.

Operæ pretium est, adscribere Iustiniani verba, vt commodius de illis disputemus. Ita vero ille: „*nouationum* nocentia corrigentes volumina, „& *veteres iuris ambiguitates* corrigentes, sancimus: si quis vel aliam per- „sonam adhibuerit, vel mutauerit, vel pignus acceperit, vel quantitatem au- „gendam, vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus ad- „diderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid *fecerit*, „ex quo veteres nouationem inducebant; nihil penitus cautionis veteris in- „nouari, sed *antiora stare* & posteriora *incrementum illis accedere*: nisi „*ipsi specialiter remiserint* quidem priorem obligationem: & hoc *expresse-* „*runt*, quod *secundam magis pro anterioribus elegerint*: & generaliter de- „finimus, *voluntate*, non *lege* esse innouandum: etsi non verbis exprima- „tur, vt sine nouatione causa procedat &c.

Sed verba imperatoris tam luculenta & aperta, dici non potest, quan- tas peperint dissensiones: & quibus tenebris illa inuoluerint *prudentum re- sponsa*. Igitur, vt ex re perplexa nos extricemus, hæc quinque velim ob- seruari: *primo* imperatorem, quicquid de *nouationibus non præsumendis* præ- cepit, ad veteris iuris *ambiguitates*, quod ipse ait, rescandas, constituisse; vt non videatur de *manifestis nouationibus*, de quibus nemo dubitat, sed duntaxat de *ambiguis* sentire: quod ANTONIVS FABER eleganter ob- seruauit. *b)* *Deinde*, attendas velim, quod noluerit *ex factis præsumi no- uationem*, quamuis creditor, quæ sunt Iustiniani verba, *aliquid fecerit*, ex quo veteris iuris conditores nouationem introducebant. *Tertio*, quod prohibuerit, præsumi nouationem, *nisi creditor specialiter remiserit* priorem obligationem: *quarto*, quod velit *exprimi* a creditore, quod *secundam ma- gis obligationem pro anterioribus elegerit*: *quinto* denique, quod iusserit, in dubio, *posteriolem obligationem cum anterioribus coniungi*, & alteram ex altera *incrementum* capere, citra aliquam nouationem. Ex his capitibus quid imperator senserit, facile definiemus.

§. III.

Enimuero, sæpius miratus sum ICTOS, qui, in tanta luce verborum, *Quid sit spe-* difficultatem quandam quæsiuerunt, & obloquente IUSTINIANO, *facialiter ex-* *ctis* etiam, non *verbis expressis* duntaxat, fieri *nouationem* crediderunt. Sed *pressum, &* magis mirum est illud, quod, dum ita eludunt IUSTINIANVM, ad ip- *an factis in-* sam legem 8. C. de nouat. prouocant, quasi legem eius, bona ipsius *mus nouan-* cum venia, euertant. Certe plerique omnes existimant, *factis luculentis & di-* *indubitatis* indicari *animum nouandi*. GAILIVS *c)* inprimis admittit *ve-* *risimiles & urgentes coniecturas*, ex quibus *perspicuum* sit, partes a prima obligatione recedere, illamque in secundam transformare voluisse: ait enim, per illas coniecturas satisfactum esse legi 8. C. de uouat. quæ *expressam*

Y 2

par-

b) ANTON. FABER in Cod. L. II. tit. 4. defm. I.*c)* GAIL. II. obs. 30. n. 3.

partium voluntatem desideret; quandoquidem *tacitum idem operetur, quod expressum*. Ita quidem GAILIO videtur. Sed & HERTIVS in eandem sententiam respondit: d) „Ob nun wohl Rechtens ist, nouationem ex coniecturis non induci, sed *verbis expressis* esse declarandam; So nimmt doch „solches seinen Abfall, vbi *facto ipso* fit nouatio: nam *voluntate*, non lege fit „nouatio, vt est in l. 8. C. de *nouat*. Voluntas vero non tantum *verbis* sed & *factis* declaratur. Imo vero idem ille alio loco luculentius, e) in *delegatione*, inquit, si *noua persona* interuenerit, *satis patet animus nouandi*: nec ad illam vllibi *verba* praecise requiruntur. Nonissime BOEHMERVS f) „Dieweil aus allen Umständen deutlich erhellet, daß der Creditor bloß „auf Sempronium sehen, Caium aber ex nexu dimittiren wollen, welches „auch sonst *ex coniecturis manifestissimis & indubitatis* geschlossen wer- „den kan, als welches vornehmlich in lege vltima C. de *nouat*. erfordert wird &c.,

Idem propemodum aliis plerisque placuit: vt videantur imperatorem & legem suo consensu vincere. Solus fere CARPZOVIVS g) in lege pertinaciter perseuerat, & *expressa verba* desiderat in *nouatione*.

At vero, vt ingenue fatear, quid senserim, videbantur IUSTINIANUS o iniuriam fecisse ICTI, dum *factis* fieri nouationem illamque intelligi ex coniecturis, docuerunt. Nimirum aperte IUSTINIANVS d. l. 8. C. de *nouat*. prohibet, praesumere nouationem *ex factis*, ex quibus veteres iuris conditores nouationes introduxerint. Sed veteres non nisi *ex factis probabilibus & coniecturis manifestis* praesumerunt *animum nouandi*. Igitur IUSTINIANVS, dum damnat veteres praesumptiones, omnino negat, imitandum esse ICTIS hoc exemplum, vt ex solis coniecturis, quamuis non ineptis, *praesumerent* *animum nouandi*.

Certe non video, quomodo illis apertius contradicere potuisset imperator: non solum enim *facta* non admittit, vt ex illis nouatio probetur; sed praeterea etiam postulat, vt *specialiter remissa sit* prior obligatio, & *expressum* in nouatione, quod secundam obligationem, praeter anterioribus, elegerint partes contrahentes. His enim verbis penitus excludit *coniecturas*.

Neque apparet, quid adduxerit GAILIUM, vt etiam in *nouationibus* obtinere, credat regulam iuris: *quod tacitum idem operetur quod expressum*: quandoquidem constat inter omnes, si *expressa voluntas*, vt in *nouatione*, ad *formam negotii* desideretur, tunc *tacita* non *idem operari quod expressa*: certe in easdem difficultates & *ambiguitates iuris*, quibus IUSTINIANVS mederi voluit, incidemus, si *coniecturis* in nouatione locum faciemus. Equidem non ignoro, quod PAVLLVS l. 4. pr. D. de *pactis*, ad quem illi pro-

d) HERTIVS T.I. resp. 246. n. 4.
consil. T. II. decis. 393. p. 594.

e) Id. T. II. dec. 567.
g) CARPZOV. Part. II. const. 19. defin. 14.

f) BOEHM.

uocant, conuentiones *tacite* valere dixerit, *etiamsi nihil nominatim sit expressum*. Sed & illud scio, quod idem ille PAVLLVS d. l. 4. §. 1. D. de *pactis expressum* opponat illi, quod *tacite* accipitur, *quasi hoc expressum* esset: & Ictum in his negotiis duntaxat, quae *consensu solo* continentur, non in illis, quae *expressam voluntatem* ad *formam* desiderant, *consensum tacitum expresso comparare*. Neque enim me mouet, quod IVSTINIANVS d. l. 8. D. de *nouat.* non lege, sed voluntate, nouandum esse dicat: quandoquidem non *nudam* voluntatem, sed *specialiter expressam*, desiderat in nouatione. Certe consensus *factis expressus* non videtur *specialiter expressus*; & vbi prohibetur, *ne ex factis nouatio praesumi possit*, sed vt *specialiter exprimatur animus nouandi*, consensus *tacitus* non idem operatur, quod *expressus*. Enimuero quod *specialiter* remitti debet, videtur *nominatim* remittendum esse.

§. IV.

Itaque non videmur assentiri posse magnis Ictis, qui ex *factis*, aut *Nou tamen certis atque indubitatis indiciis* praesumunt animum nouandi, quod abscisse *semper verba desiderat nouatio si noua obligatio cum veteri consistere non possit.* imperator interdicit: inprimis, cum illi, qui admittunt *praesumptam* aliquam *nouationem*, non adiiciant, quae sint illa *facta* aut *certa & indubitata* *signa*, ex quibus constare possit de *animo nouandi*. Enimuero, si hoc *admitteretur*, frustra tulisset legem sapientissimam IVSTINIANVS. Semper enim aliquid excogitabitur, ex quo oriri possit aliqua suspicio, quasi creditor discessisse a priori obligatione & nouam praetulisse videatur, si suspicionibus & coniecturis locum damus. Itaque si hoc fiat, renascitur *iuris ambiguitas*, quam IVSTINIANVS l. 8. C. de *nouat.* resicare laborauit.

Sed, vt dicamus, quod res est, nunquam praesumitur creditor vinculum prioris obligationis laxauisse, quamuis *noua* obligatione debitorem adstrinxerit, nisi *specialiter remiserit* priorem obligationem, & *expresserit*, quod posterius vinculum praetulerit anteriori. Nunquam igitur *facta sola*, aut *indicia & coniecturae* sufficiunt, ad fingendam *nouationem* obligationis; quandoquidem hoc expresse negauit imperator. Nunquam, per *facta sola* & *indicia* duntaxat, *specialiter* ius prius remittitur, aut *exprimitur* dimissio prioris obligationis: quod vt fiat desiderat IVSTINIANVS in *nouatione*.

Sed videamus tamen, an possimus in gratiam redire cum optimis & clarissimis Ictis. In re enim cum illis conuenimus, quamuis ipsi, quid sentiant, obscurius remissiusque tradidisse videantur. Nimirum per *facta sola* nunquam ostenditur animus nouandi, nisi aliud quiddam accesserit, per quod IVSTINIANO satisfiat. Sed desiderauit *imperator*, vt, nisi aliud expresse actum fuerit, *coniungatur noua obligatio cum anteriori*, & prior illa accipiat ex posteriori incrementum: vt puta: si antea *hypothecam* obligaueris pro debito, nunc etiam *cambium* dederis, non solum *res tuae iure*

re pignoris, sed etiam *caput tuum* & corpus iure *arresti personalis* creditori tenebuntur, & ius utrumque, si creditori visum erit, coniungetur. Sed si non possit noua obligatio cum veteri coniungi; tentandum est, an citra expressa verba, praesumatur animus nouandi. Et non dubito, quin illo casu, etiam *sine verbis*, facta esse nouatio intelligatur. Enim vero IUSTINIANVS vult obligationem nouam cum veteri coniungi: sed, si non possit coniungi, non videtur *impossibilia & absurda* praecipisse, quod CELSVS monet, l. 185. D. de reg. iur. Tunc igitur necessario dimittenda est, alterutra illarum obligationum, si illae inter se pugnant, & *sine contradictione*, utraque simul consistere non possunt. Quodsi igitur alterutra necessario dimittitur; nemini potest esse obscurum, quod prior potius, quam posterior dimissa esse videatur: quandoquidem, hoc casu, plane *superuacua* fuisset obligatio posterior, nisi a priori discedere voluissent contrahentes. Sed nunquam creduntur partes negotium *superuacuum* inter sese contraxisse; & expeditum est, in negotiis, quae utriusque voluntate continentur, illud, quod postea actum est, & cum priori consistere non potest, priori derogare: adeoque illud recipiendum esse, in quo partes extremo perstiterunt. Ausim igitur affirmare, quod in eiusmodi speciebus imperator voluerit admitti & intelligi animum nouandi: non, quod illi aiunt, quia hoc casu ex manifestis indiciis duntaxat appareat animus nouandi; sed quia posterior coniungi non potest cum priori: quod, ut fiat, desiderat IUSTINIANVS. Haec tenus igitur consentio viris clarissimis, a quibus antea discessi, ut credam ex *indiciis certis atque manifestis* probari animum nouandi, si praeterea noua obligatio cum veteri consistere non possit. Hoc & VOETIVS ^{h)} & MEVIUS ⁱ⁾ admonuerunt. Vacat ire per exempla, & ostendere, quod nunquam hodie probetur nouatio per coniecturas, nisi, cum utraque obligatio simul consistere non possit.

§. V.

Potius nouatio quam delictum praesumitur & admittitur nouatio, si posterior sine delicto cum priori nequeat coniungi.

Nulla igitur praesumitur nouatio, nisi posterior cum priori nequeat coniungi. Sed impossibilis est coniunctio, quando posterior speciem delicti contineret, si cum priori iungeretur. Quae enim legibus & bonis moribus aduersantur, ne facere quidem posse existimandi sumus, quod PAPINIANVS praecipit, l. 15. D. de condit. institut. & impossibile habetur illud, quod, *salua honestate*, a nobis non committi posse videatur. Haud ita pridem oblata est eiusmodi species *Vitemberg. Ictis*. Gellius creditor, Tullio, emtori praedii cuiusdam, sex millia Ioachimicorum *mutua* dederat, quae venditori soluerentur: venditor etiam *hypothecae iudicialis*, cum *pruilegio* pretii emtionis, sciente & rogante debitore, creditori cesserat, ut Gellius non solum *ius reale*, sed etiam *praerogatiuam*, vi cuius aliis creditoribus praefendus esset, impetrare posset. Praeterea vterque, debitor & emtor, Gellio mandauit.

^{h)} VOET. comment. ad ff. tit. de nou. §. 3.

ⁱ⁾ MEVIUS P.V. D. 304. n. 5.

dauerant, vt suo nomine a iudice peteret *confirmationem cessionis*. Sed Gellius cunctatus, & forte *spe lucri*, cuiusdam inductus, *praeter ius reale*, quod ex cessione habere poterat, non petita confirmatione cessionis, *cambium* acceperat a debitore, in quo ipsi *usurae sextantes*, id est, ex singulis centenis sex Ioachimici annui, promittebantur, quas *ex credito pignoratitio* accipere non licet. Exegerat etiam & acceperat per annos aliquot *usuras sextantes*: & interea neglexerat petere confirmationem cessionis. Hæc dum agerentur, debitor Tullius conturbabat, & bonis labebatur. Gellius creditor, id subodoratus, paucis diebus, antequam creditores ad concursum conuocarentur, omisso & dissimulato cambio, a iudice petebat, vt *ius reale*, ab emtore sibi cessum, confirmaret: & impetrabat etiam confirmationem. Deinde in termino liquidationis allegebat creditum suum, & inter creditores, propter cessionem *iuris realis & prælationis*, *potiori loco* constitui desiderabat. Iam vero reliqui creditores Gellio *litem* mouebant *de loco* inter creditores. Nunquam in foro acta est lepidior fabula. Monebant enim creditores, ipsi duntaxat *inter chirographarios* locum esse, cum *ius reale*, nondum a iudice confirmatum, amiserit per *nouationem*: ideoque ius semel amissum postea a iudice, cui ipse cambium dissimulauerat, non potuisse confirmari. Sed negabat debitor *nouationem*: & se cambium, *saluo iure reali*, accepisse, & *nouationes non præsumi*, respondebat. Creditores eleganter replicabant, obligationem cambii, in quo *usurae sextantes* promissæ erant, *non potuisse consistere* cum iure reali hypothecæ: quandoquidem illa sit *species delicti*, si quis, *ex debito pignoratitio*, *usuras sextantes* exigeret a debitore: at vero *delicta non præsumi*: creditores nosse Gellium illum *virum bonum & ingenuum* esse: se nolle suspicari, quod ipse *delictum* commiserit, & *saluo iure reali*, ex debito pignoratitio, sextantes exegerit usuras. Itaque *nouationem* manifestam esse, cum *noua obligatio cum veteri consistere non possit*. Sed festiue Gellius se ipsum accusabat, & repudiabat illos defensores. Aiebat enim, creditores male secum agere, quod ipsum crederent ab illo delicto alienum esse: se fateri, quod illud commiserit: se etiam ad quamcunque pœnam subeundam paratum esse; illud vnum se rogare, *ne se innocentem crederent*, & *ne nouationem* fingerent, quæ ipsi in mentem non venisset. Iam porro creditores perseuerabant in illo studio Gellii purgandi atque defendendi: &, quidquid ille de delicto affirmaret, credi omnino non posse, regerebant, neque, cum damno aliorum, credi debere *propriam alleganti turpitudinem*: se potius existimare, quod *nouare* voluerit, &, dimisso iure reali, cambium acceperit, ex quo, *salua hypotheca*, usuras sextantes exigere non potuisset. Igitur accidebat Gellio, quod catulo apud Aesopum ^{k)}

Qui

k) PHÆDR. I. fab. 4.

*Qui, per flumen carnem dum ferret, natans,
Lympharum in speculo vidit simulacrum suum,
Aliamque prædam ab alio ferri putans,
Eripere voluit: verum decepta auiditas
Et quem tenebat ore dimisit cibum,
Nec, quem petebat, potuit adeo attingere.*

Placuit enim, *obligationem usurarum sextantium*, cum *spe iuris realis*, quod ne quidem confirmatum fuerit *consistere non potuisse*, quandoquidem *delicta* inter bonos *impossibilia* esse videantur; itaque *novationem* factam esse, dum Gellius ex cambio usuras sextantes accepisset: hinc *spem iuris realis* penitus amissam: ideoque *inter chirographios*, sine *spe vlla recuperandi crediti*, Gellio locum assignandum esse. Huius responsi hæ rationes redduntur:

Obwohl N. vermöge der fol. Act. in Abschrift befindlichen Cession, wegen derer liquidirten 6000. Thlr. in derer von N. N. Recht zu treten, mithin der denen unbezahlten Kauff-Geldern in der Erl. Pr. Ordn. gegönneten prærogativ zu genießen, also vor andern Gläubigern befriediget zu werden, verlangt, auch dieserhalb auf die fol. befindliche Confirmationes der Hypothek, und der Cession sich beruhet, überdieß wenigstens am 9. Maii des 1735. Jahres, laut des fol. befindlichen Documentes, ein dinglich Recht, krafft dessen er andern Gläubigern, so kein älter und besser Recht haben, vorgezogen werden möchte, erlanget zu haben vermeynet; Dieweil aber dennoch die am 14. Oct. 1730. von denen von N. N. ausgestellte Cession anfänglich nicht confirmiret, vielmehr von denen letztern, laut der Documenten fol. und fol. wegen der Kauff-Gelder völlige Verzicht geleistet, und die dießfalls reservirte Hypothek, ohne Erwähnung derer an N. cedirten 6000. Thlr. cassiret, also dem Schuldner die Güter A. und B. ohne einige verconsentirte Schulden frey überlassen worden, nechst dem N. nicht allein nachhero die fol. befindlich Wechsel-Verschreibung, sondern auch 6. von 100. an Zinsen angenommen, mithin, daß er des ihm vermeintlich cedirten Rechts, der geschehenen Protestation ungeachtet, ipso facto sich begeben, umb so viel weniger gezweifelt werden kan, als N. außer dem von einer versicherten Post die Zinsen zu 6. pro cent zu heben nicht frey gestanden, auch ein delictum bey zweifelhaften Fällen nicht zu præsumiren, sondern dergleichen facta, wo möglich, also auszudeuten, daß Niemanden dadurch etwas unzuläßliches aufgebürdet werde; demnach dieses Negotium vor eine Novation zu achten, folglich N. am 9. Maii 1735. ohne des Schuldners Einwilligung, da die vorige, wegen erfolgter Novation, hinweg gefallen, an, dessen Gütern ein dinglich Recht nicht erlangen mögen. etc.

§. VI.

Quotiescunque igitur noua obligatio cum veteri consistere non potest, satisfactum videtur legi 8. C. de nou. & certus est animus nouandi. Sunt plures eiusmodi species, ex quibus quasdam obseruabo. Inprimis si rei alienæ restitutio ex priori contractu debeat, & post nouam obligationem, dominium breui manu translatum fuerit in debitorem, nemo dubitat, sublatam esse priorem obligationem: quod generaliter obtinet, quoties titulus facta est nouus substituitur & causa possessionis immutatur, sed noua cum priori consistere non potest. Est elegans eiusmodi exemplum apud VLP IANVM l. 15. D. de R. C. Ait enim, cum ex caussa mandati pecuniam mihi debeas & postea conuenerit, ut crediti nomine eam retineas, videri mihi datam pecuniam, & a me tibi redditam, ut iam ex mutuo mihi obligatus sis, cum antea mandati tenereris. Et habet illud omnino rationem: cum mandati actione mandans suam pecuniam, a procuratore mandantis nomine acceptam, repetat; quam non potest tanquam suam repetere, posteaquam permisit procuratori, ut crediti nomine illam retineret; cum constet, hac conuentione breui manu dominium transferri.

Non absimilis species nuper Scabinis Vitembergensibus obueniebat, de qua breuiter exponam. Aufidius Iauoleno prædium vendiderat: sed postea filiam suam Seiam ipsi in matrimonium dederat, iusseratque Iauolenum, partem pretii nomine dotis retinere. Iam Iauolenus bonis labebatur. In concursu creditorum Seia, Iauoleni uxor, dotem illam repetebat, non tamen ut dotem, sed ut partem pretii venditionis, ab Aufidio parente suo sibi assignatam: ut, vi prærogatiuæ, quæ pretio emtionis tributa est, creditoribus aliis anteferreretur. Sed Scabini, mense Martio huius anni, responderunt: pecuniam, quam dotis nomine retinere iussus esset Iauolenus, amisisse naturam pretii venditionis, & breuis manus traditione, dotem factam videri, cum VLP IANVS dotem, etiam per acceptilationem constitui permittat. l. 43. pr. D. de iure dotium. Neque enim poterat eadem pecunia tanquam dos ad maritum pertinere, & simul tanquam pretium venditionis venditori Aufidio deberi. Igitur huic pecuniæ non prærogatiua pretii emtionis, sed ius hypothecæ tacitæ, cum iure prælationis, quod doti debetur, inter creditores attribuebatur.

§. VII.

In deposito quidem singularia quædam recepta sunt; inprimis, quod maneat depositum, etiamsi ab initio conuenerit, non, ut necessario ipsa corpora deposita restituerentur, sed ut tantundem redderetur. Quamuis enim hæc conuentio egrediatur notissimos depositi terminos; tamen placuit esse depositum, quod propter pactum contractui adiectum a regula depositi discedat, modo appareat, ab initio magis deponentis caussa, ut eius pecunia

nia in tuto esset, quam *accipientis* gratia, ut ille pecunia mea vteretur, nummos depositos fuisse. Ita enim PAPINIANSVS atque SCÆVOLA atque etiam PAVLLVS responderunt l. 24. l. 28. l. 26. §. 1. D. depositi. Idem placuit, si *ab initio* non simpliciter, sed *cum conditione*, permillum fuerit accipienti, ut pecunia deposita, si *voluisset*, vteretur. VLPIANVS enim l. 10. D. de reb. cred. & l. 1. §. 34. D. depositi præcepit, accipientem, priusquam pecunia vtratur, *depositi* teneri. Sed, si *postea* vtratur accipiens, qua vti ab initio ipsi fuerat permillum, tunc, ait VLPIANVS, pecuniam *non depositam*, sed *creditam*, videri d. l. 10. D. de R. C. Igitur apparet, ipso vsu pecuniæ, cum accipiens declarat, se in conditionem consensisse, dominio per brevis, manus traditionem translato, *nouationem* factam esse; cum non possit manere *deposita* pecunia, cuius dominium, ex conditionali conuentione, per ipsum vsu, in accipientem fuerit translatum. Neque enim *consistere* potest obligatio *depositi*, cum illa, quæ ex *mutuo* descendit: quandoquidem in deposito *nequidem possessio*, sed in mutuo etiam *dominium*, transfertur. Itaque multo magis, si *ab initio simpliciter* pecuniam *depositam* accepit, sed *postea* rogauit, ut mihi vti pecunia liceret, tuque permiseris, ut vterer; *nouatione* facta, confestim *quasi mutua* condici poterit, etiam antequam nummi moueantur. Recte enim NERVA PROCVLVS & MARCELLVS l. 9. §. 9. D. de reb. cred. obseruarunt, accipientem coepisse animo possidere pecuniam, postquam ipsi usus est permillum: hinc & periculum ad illum, qui rogauit, ut sibi vti pecunia deposita liceret, transiisse: ideoque illum, qui antea *depositi* actione conueniri debuisset, postea *condictione ex mutuo* teneri.

Eodem fere iure vtimur, si *in negotio gratuito & liberali*, quod *non admittit* solutionem vsurarum, postea conuenit, ut *vsuræ exsoluantur*. Postquam enim foenus exsolutum est, necessario expirat illa prior obligatio, quæ vsuras respuebat. Igitur, quamuis, si nummularii foro cedunt, depositariorum ratio ante omnes creditores priuilegiarios debeat haberi; tamen VLPIANVS ait, l. 7. §. 2. D. depositi. non habendam illorum esse rationem, si *vsuras* acceperint: *quasi renunciauerint deposito*: quandoquidem in deposito non locus est *vsuris*, sed, docente PAPINIANO, l. 24. D. depositi. *contra bonam fidem* est, ante moram, vsuras desiderari a depositario, qui beneficium dederit, in pecunia suscipienda.

Ita etiam in Saxonie electoratu de pecunia hereditaria visum est: ut, si ex illa *vsuræ* soluantur creditori, aut debitor illam *postea* ut mutuum retineat, quasi *nouatione facta*, priuilegium amittat, Decis. El. VII. Wann aber der Schuldner solche Erbe-Geldere dem Gläubiger jährlichen verzinset, oder sie mit dessen Beliebung gegen eine Handschrift als ein mutuum um Verzinsung bey sich behält, so haben sie auch dadurch die Natur und Eigenschaft, benebenst dem Recht und Privilegio der Erbe-Gelder verlohren, und

und wird die Frau wegen ihres eingebrachten Ehe-Geldes, krafft dieser Satz-
 ung, in der Zahlung demselben billig vorgezogen.

Discedam ab hoc loco, si illud vnum adiecero quod etiam *transigendo*
 a priori obligatione discedi & obligatio *nouari* videatur. Enimuero, de *re*
dubia & lite incerta atque nondum finita *transigimus*, hoc animo, *ut a lite*
discidatur. Ita enim *VLPIANVS* l. i. D. de *transact.* rem definiuit. Igitur
extinguitur transactione *caussa illa dubia*, ex qua antea res petebatur: *ut*
iam ex certa conuentione debeatur. Imo vero ineptum esset requirere
causam veterem debendi, & *resuscitare litem* dubiam atque incertam, cu-
 ius sopiendæ causæ partes transfegerunt, *CELSVS* enim l. 12. D. de *trans-*
act. & *PHILIPPVS* l. 10. C. *eod.* prohibent litem retractare, post legiti-
 mam transactionem. Itaque apparet, *veterem obligationem* omnino subsistere
 non posse *cum transactione*. Quod vbi accidit, *nouationem* factam intelligi,
 supra fuit obseruatum. Video illud, etiam *HERTIO* ^{l)} & *ANTONIO*
FABRO ^{m)} placuisse: *ut in transactione sit nouatio*, nisi expresse actum fue-
 rit, ne nouatio fieret per transactionem.

§. VIII.

In Saxoniae quidem electoratu sapientissimis legibus diligentius de no- *Idem in Sa-*
uationis iure constitutum. Inprimis, *inter mercatores*, si *noui debitoris* *xonia electo-*
persona interueniat, & *creditori alius debitor*, in *vim dationis in solutum*, *rali obtinet.*
delegetur, non solum, *ut hoc nominatim* exprimatur, sed *scriptura* etiam
 & *apocha*, qua creditor priorem debitorem penitus dimittat, & animum
 nouandi *specialiter* indicet, desideratur; *ut ne quidem* probationi per testes
 aut *delationi iurisiurandi*, locus relinquatur. Ita enim in clementissimo
 edicto d. 23. Dec. anno 1699. emissio §. 3. definitum, & sola datio in so-
 lutum *per scontro*, quam appellant, ab hac necessitate est, excepta. Au-
 diamus verba Augustissimi legislatoris: Damit aber, was vor ein Negotium
 eigentlich celebriret worden, so gleich klar und offenbar seyn möge: So ver-
 ordnen wir hiermit, daß, wenn jemand in vim dationis in solutum & delegationis,
 zu assigniren gemeynet, solches in Schrifften zu verfassen, auch von demjeni-
 gen, an welchen er die Assignation thut, eine Quittung zu nehmen, schuldig
 seyn, oder da dieses nicht geschiehet, daß die Assignatio bloß per modum
 mandati ergangen, davor gehalten werden solle, also und dergestalt, daß,
 wenn die assignirte und überwiesene Post nicht bezahlet wird, der assignirende
 Theil solche wieder zurück zu nehmen, oder wann sie böse wird, den Verlust
 über sich gehen zu lassen, gehalten, ihm auch, daß es mit der Assignation eine
 andere Meynung gehabt, weder durch Zeugen auszuführen, noch den End hier-
 über zu deferiren, zu verstaten; Doch nehmen Wir hierbey den Fall aus,

Z 2

wann

l) *HERTIUS* T. II. decis. 906. n. 3. p. 870. & T. I. Dec. 246. n. 5. & 8. p. 450.

m) *ANT. FABER* cod. II. def. 2.

wann die Assignment in vim dationis in solutum per Scontro geschehen, also, daß dießfalls genung seyn soll, wann, daß dieses also wirklich vorgegangen, durch die Scontro-Bücher darzuthun, ungeachtet sonst nichts schriftliches darüber aufgerichtet, auch keine Quittung ausgestellt.

Imo vero generatim delegationes & omnes omnino *novationes* verbis expressis, quibus specialiter prior obligatio remittatur, concipi placuit. Decis. el. 66. Nachdem aber andere mit bessern Rechts-Gründen behaupten, daß bey der Anweisung nicht allein der Novation, sondern auch, daß vorige Obligation, hypotheec, oder Bürgschafft-Verschreibung mit ausdrücklichen Worten cassiret und aufgehoben worden, gedacht werden solle, allermaßen dieses in delegationibus so wohl, als andern *Novationibus*, wofern dieselben kräftig seyn sollen, nothwendig geschehen muß, Als wollen wir diese letztere Meinung hiermit allerdings approbiret haben 2c. 2c.

Igitur poterat dubitari, an non simpliciter, illo iure, *verba expressa* desiderentur ad *novationem*, quamvis nova obligatio cum priori consistere non possit. Sed certius est, sapientissimum legislatorem hac lege *non ius novum constituere* voluisse, sed in interpretatione iuris Iustiniani fuisse occupatum. Hoc enim verbis: Nachdem aber andere mit bessern Rechts-Gründen behaupten 2c. 2c. luculenter indicatur. Igitur, etiam in Saxonia, iure communi utimur in ceteris *novationibus*. Supra vero comprobatum fuit, salva lege Iustiniani, admittendam esse speciem aliquam *novationis*, si posterior cum priori obligatione nequeat coniungi. Neque enim ignorat ius Saxonæ electoralis eiusmodi *novationes*. Dum enim ex pecunia hereditaria usufructus exiguntur, etiam apud Saxones *novatio* intelligitur, quamvis verbis non expressa: quod antea ex decis. El. 7. est observatum.



Crell, Christoph Ludwig, 1703-1758 [Sonstige]

Dissertationvm Atqve Programmatvm Crellianorvm Fascicvlvs ...

Bd.: Fascicvlvs IV.

Halae ad Salam 1776

4 Diss. 5010-4/6

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11122902-2

VD18 90544269